Die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit

bei gegenseitigen Verträgen.

Der Juristenfakultät zu Rostock
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde als

Inaugural-Dissertation

vorgelegt

von

Guido Matthaei,
Referendar zu Hamburg.

Referent: Prof. Dr. Hans Albrecht Fischer.

Die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit

bei gegenseitigen Verträgen.

Der Juristenfakultät zu Rostock
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde als

Inaugural-Dissertation

vorgelegt

von

Guido Matthaei,
Referendar zu Hamburg.

Referent: Prof. Dr. Hans Albrecht Fischer.

ACAD. LUGDUNI BATAV. BIBL.

Druck von Schröder & Jeve, Hamburg.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Brecht, System der Vertragshaftung, Jherings Jahrbücher Bd. 53 S. 258 ff.

Brecht, Die einfache und die wiederholte positive Vertragsverletzung. Jherings Jahrbücher Bd. 54 S. 83 ff.

Brückmann, Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 220.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts. Bd. I.

Denkschrift zum Handelsgesetzbuch.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 3. Aufl. Bd. II.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8.—9. Aufl. Bd. I.

Endemann, Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 161.

Erler, Das Recht 1901 S. 421 ff.

Flechtheim, Das Vinkulationsgeschäft. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 60 S. 128 ff.

Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Hangen, Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 49.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Bd. I.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht.

Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung. Jherings Jahrbücher Bd. 55 S. 413 ff.

Hölder, Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil.

Jacobi, Die Wertpapiere nach Bürgerlichem Recht.

Jacobi, Der Scheck als Wertpapier. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 63 S. 86 ff.

Kipp, Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 254.

Kisch, Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Jherings Jahrbücher Bd. 44 S. 68 ff.

Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung. (1900).

Kohler, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 84 S. 1 ff.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II.

Krückmann, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 101 S. 1 ff.

Lang, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. X S. 287 ff.

Langheinecken, Anspruch und Einrede. (1903).

H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. (1906, Fischers Abhandlungen Bd. 15 Heft 1.)

Lehmann, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 96 S. 91 ff.

Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB.

Makower, Kommentar zum HGB. 12. Aufl.

Materialien zum BGB.

Niedner, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 443.

Oertmann, Kommentar zum BGB.: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.

Paech, Der Leistungsverzug. Berlin 1902.

Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Bd. I u. II.

Rehbein, Erläuterungen zum BGB. 1903 Bd. II.

Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 1 1901.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte 1900.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.

Siber, Jherings Jahrbücher Bd. 50 S. 55 ff.

Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 1904.

Staub-Könige, Kommentar zum HGB. 8. Aufl.

Staub, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 478.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 3. u. 4. Aufl. Bd. II.

Reichsoberhandelsgericht, Bd. 3 S. 9, Bd. 3 S. 320, Bd. 5 S. 107, Bd. 6 S. 326, Bd. 7 S. 338, Bd. 8 S. 19, Bd. 8 S. 129, Bd. 12 S. 284, Bd. 13 S. 104/5, Bd. 15 S. 360, Bd. 20 S. 19.

Reichsgericht, Bd. 4 S. 69 ff., Bd. 5 S. 104, Bd. 7 S. 44, Bd. 14 S. 245, Bd. 15 S. 66, Bd. 50 S. 255, Bd. 51 S. 347, Bd. 52 S. 151, Bd. 53 S. 13 u. S. 163, Bd. 54 S. 102, Bd. 56 S. 233, Bd. 57 S. 106, Bd. 66 S. 420, Bd. 67 S. 317, Bd. 68 S. 22.

Seufferts Archiv, Bd. 28 Nr. 150, Bd. 28 Nr. 241, Bd. 57 Nr. 208, 237, 238, *Bolze,* Bd. 4 Nr. 726.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 3 S. 9, Bd. 4 S. 14, Bd. 10 S. 256.

Hanseatische Gerichtszeitung 1902 Nr. 68, 1907 Nr. 36, 1908 Nr. 70.

Juristische Wochenschrift 1895 S. 46 Nr. 24, 1902 Beilage 10 S. 252. 1903 S. 139 Nr. 305, 2, 1904 S. 92 Nr. 11, 1905 S. 17 Nr. 12.

Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 68.

Das Recht, 1901 S. 538 Nr. 2180.

Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen Bd. 14 S. 215.

Inhaltsübersicht.

A.

§ 1. Der Begriff der Erfüllungsweigerung ..... 1—20
I. Gleichgültigkeit des Grundes derselben ..... 1— 9
II. Ernstlichkeit ..... 10—18
1. Bestimmtheit ..... 10—11
2. Endgültigkeit ..... 11—18
III. Empfangsbedürftigkeit 18
IV. Vertragstreue des Gegners ..... 18—19
V. Nichtbereitschaft zur rechten Zeit ..... 19—20
VI. Objektiv vertragsmäßige Leistung 20
VII. Leistungsbereitschaft 20
§ 2. Der Begriff der Fälligkeit ..... 21—27
I. Gegenwärtige und künftige Ansprüche ..... 21—22
II. Nicht fällige Ansprüche ..... 22—27
1. Gehemmte Ansprüche ..... 22—26
2. Verhaltene Ansprüche ..... 26—27
III. Fällige Ansprüche 27
IV. Folgerungen 27

B.

§ 3. Zweck und Sinn der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit .... 28—33
I. Interessewahrung und Interesseverfolgung ..... 28—29
II. Die Erfüllungsweigerung als Interessewahrung ..... 29—31
III. Die Erfüllungsweigerung unter der Erklärungstheorie ... 31—32
IV. Die Erfüllungsweigerung als Ermächtigung ..... 32—33

C.

Rechtsfolgen der Erfüllungsweigerung

§ 4. I. Kein Verzicht auf Fristsetzung und Androhung ..... 33—45
II. Kein Verzicht auf Mahnung ..... 45—48
III. Kein Verzicht auf Einrede des nicht erfüllten Vertrages 48—50
§ 5. Kein Verzicht auf ein Recht auf Realerfüllung (Kritik der Brecht'schen Ausführungen) ..... 50—52
§ 6. Keine Verletzung einer Vertragspflicht ..... 52—59
I. Die Bedeutung der Theorie des Reichsgerichts ..... 52—53
II. Stellungnahme zu ihr ..... 53—57
III. Verletzung der Sorgfaltspflicht? ..... 57—59
IV. Ausblick 59
§ 7. (Fortsetzung von § 6) ..... 59—68
I. Lehmann und das Reichsgericht ..... 59—62
II. Siber und das Reichsgericht ..... 62—65
III. Romeick ..... 65—68
§ 8. Versuch einer eigenen Begründung ..... 68—82

A. Definition der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit.

§ 1.

Der Begriff der Erfüllungsweigerung.

I.

A. Die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit der Leistung ist die an den vertragstreuen Gläubiger[1]) gerichtete bestimmte und endgültige, empfangsbedürftige Anzeige des Schuldners, daß er zur rechten Zeit für die objektiv vertragsmäßige Leistung nicht bereit sein werde. Auf den *Grund* der Anzeige von der Erfüllungsweigerung kommt es nicht an, sondern nur auf die Mitteilung der künftigen Tatsache, daß nicht geleistet werde.

B. Brecht[2]) macht darauf aufmerksam, daß der Begriff „Leistungsverweigerung" die Zusammenfassung sei einer Reihe von möglichen Erklärungen des Schuldners, die ganz verschiedenen Sinn haben. Als solche Erklärungen führt er an:

1) Ich kann nicht leisten;
2) ich mag nicht leisten;
3) ich kann oder mag *noch* nicht leisten;
4) ich halte mich nicht für verpflichtet, zu leisten;
5) ich halte mich nicht für verpflichtet, *schon jetzt* zu leisten.

---

[1]) Im Folgenden ist der vertragstreue Teil mit Gläubiger, der vertragsuntreue mit Schuldner bezeichnet. Die angegebene Definition der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit erstreckt sich auf alle Fälle, nicht bloß auf die Weigerung bei gegenseitigen Verträgen; wo sich Besonderheiten für diese ergeben, ist es im Verlaufe der Arbeit besonders vermerkt.

[2]) Jher. Jahrb. Bd. 53 S. 258.

Brechts Fassung dieser fünf Inhaltsmöglichkeiten läßt erkennen, daß seine Einteilung sich nur auf die Weigerung des *gemahnten*[1]) Schuldners bezieht und deshalb nur auf dessen Weigerung *nach* Fälligkeit der Leistung. Als Erklärungen *vor* dem Eintritt der Fälligkeit würden die fünf Kategorien folgendermaßen zu fassen sein:

1) Ich werde überhaupt nicht leisten können;
2) ich will überhaupt nicht leisten;
3) ich werde nicht *rechtzeitig* leisten können oder ich will nicht rechtzeitig leisten;
4) ich halte mich überhaupt nicht für verpflichtet, zu leisten;
5) ich halte mich nicht für verpflichtet, zu der vom Gläubiger behaupteten Zeit zu leisten.

Diese Aufzählung ist aber nicht ganz vollständig.

Weil nämlich die Erfüllung des Vertrages darin besteht, die Leistung so zu bewirken, wie es des Näheren die Auslegung des Vertrages ergibt,[2]) so ist eine Weigerung der Erfüllung schon dann anzunehmen, wenn die Weigerung nicht die *ganze* Leistung, sondern nur „einen wesentlichen Teil des Vertragsinhaltes betrifft".[3]) Was als wesentlich in diesem Sinne anzusehen ist, läßt sich generell nicht bestimmen, weil der Inhalt des Vertrages allgemein nicht bestimmbar ist. So kann nach dem Wesen des einzelnen Kontraktes die Lieferzeit,[4]) der Erfüllungsort, die Erfüllungsart z. B. die Vorleistungspflicht eines Teiles,[5]) die Ratenzahlung, die Nachnahme, der Abruf, das Quantum[6]) u. a. so wesentlich sein, daß in der Erklärung, diese Modalitäten nicht einhalten zu wollen, die Weigerung der Erfüllung *überhaupt* erblickt werden muß.

Unter Nr. 3 und 5 hat Brecht bereits eine der erwähnten Vertragsbestimmungen als generell wesentlich aufgeführt: Die Bestimmung der Lieferzeit. Diese Abteilungen wären demnach im obigen Sinne zu erweitern, zugleich aber auch insofern einzuschränken, als aus der generellen Wesentlichkeit der Modalität eine individuelle Wesentlichkeit zu machen wäre.

---

[1]) So auch ausdrücklich Brecht a. a. O.
[2]) BGB. §§ 295, 243 Abs. 2, 133, 157, 242.
[3]) Staub-Könige, Exk. zu § 374 Anm. 84; Düringer-Hachenburg II S. 128.
[4]) Bolze IV Nr. 726.
[5]) Jur. Woch. 1903, Beil. S. 139 Nr. 305, 2.
[6]) Rechtspr. d. Oberlandesgerichte IV S. 16 sub b.

Danach hätte die dritte und fünfte Type den Inhalt: Ich bin nicht gewillt, ich werde nicht imstande sein resp. ich halte mich nicht für verpflichtet, mit den von dem Gläubiger behaupteten und dem Vertrage wesentlichen Abreden zu leisten.

Liegen der Erfüllungsweigerung fünf Varietäten von Gründen unter, so fragt sich, ob sie je nach ihrer Begründung im Einzelfalle eine verschiedene rechtliche Behandlung erfordert.

Literatur und Rechtsprechung der neueren Zeit neigen dazu, zwei Typen von Weigerungserklärungen zu bilden und an diese verschiedene Rechtsfolgen zu knüpfen. Man kann die Beobachtung machen, daß eine solche Differenzierung der Rechtsfolgen gemäß der Inhaltsverschiedenheit der Weigerungserklärungen erst nach dem Inkrafttreten des BGB. eingesetzt hat. Das legt den Schluß nahe, daß der Grund für eine solche Differenzierung in der Verschiedenheit der Bestimmungen des alten HGB. Art. 354/356 von der des BGB. § 326 zu suchen ist. Dem ist aber nicht so. Wohl hat die Abweichung des BGB. § 326 von den Art. 354/356 des HGB. einen Einfluß auf die rechtliche Konstruktion der Rechtsfolgen einer Erfüllungsweigerung gehabt. Indessen auch dieser Einfluß ist nach der Entscheidung des Hans. OLG.[1]) neuerdings wieder fast vollständig geleugnet.

Die Unterscheidung zweier gänzlich getrennt zu behandelnder Arten der Erfüllungsweigerung ist vielmehr die Folge davon, daß die Konsequenzen der allgemeinen Erfüllungsweigerungen für manche Fälle, insbesondere für die Fälle der Weigerung *vor* Fälligkeit nicht auszureichen schienen, daß diese Fälle also besonderen Regeln unterstellt und deshalb von den übrigen streng gesondert werden mußten.

So gelangte man neuerdings, und zwar voran das Reichsgericht, zu der Trennung des „Sichlossagens vom Vertrage“ von der bloßen Erfüllungsweigerung. Unter dem Sichlossagen versteht das Reichsgericht bald „ein Bestreiten des Vertragsabschlusses“,[2]) bald ein „Annullieren des Vertrages“,[3]) bald eine Erklärung, „das Geschäft werde nicht als perfekt betrachtet“,[4])

[1]) Hans. Ger. Ztg. 1907 Nr. 36 S. 92 Hbl.
[2]) RG. Bd. 53 S. 13.
[3]) RG. Bd. 57 S. 106.
[4]) RG. Bd. 53 S. 163.

bald eine unberechtigte Rücktrittserklärung.[1]) Dahingegen liegt für das Reichsgericht eine bloße Weigerung vor in Fällen wie den folgenden:

Der Verkäufer erklärt, er wolle nicht liefern,[2]) der Käufer, er wolle nicht abnehmen,[3]) er wolle nicht erfüllen,[4]) der Verkäufer sei außerstande, rechtzeitig zu liefern,[5]) er lehne weitere Lieferung ab,[6]) er sei nur zur Lieferung eines geringeren Quantums verpflichtet[7]) oder imstande,[8]) er weigere jede weitere Lieferung.[9]) Diese Sammlung ließe sich noch um etliche Versionen vermehren.

Zum ersten Male tritt diese Trennung der Begriffe in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 53 S. 13 auf. Hier heißt es: Die ernstliche Verweigerung der Vertragserfüllung *und in noch höherem Maße* das Ableugnen des Vertrages und Bestreiten jeder Vertragspflicht. . . . . .

Wie indessen in der Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes,[10]) in der älteren Praxis des Reichsgerichtes [11]) und auch in der mit obiger Entscheidung beinahe gleichzeitigen[12]) und späteren Praxis des Reichsgerichtes[13]) das Annullieren, Bestreiten, Zurücktreten und Nichtanerkennen als bloße Erfüllungsweigerung betrachtet und dementsprechend mit Fällen gewöhnlicher Leistungsverweigerung identisch behandelt wurde, so läßt auch in der Entscheidung Bd. 53 S. 13 das Reichsgericht dem nunmehr als etwas besonderes erkannten „Lossagen vom Vertrage“ besondere *Folgen* nicht zuteil werden.

Dieser letzte Schritt zur Besonderheit der Rechtsfolgen ist erst zu verzeichnen, nachdem die Lehre von den positiven

---

[1]) RG. Bd. 50 S. 255; Bd. 67 S. 317; H.G.Z. 1908 Nr. 70 S. 149 Hbl.
[2]) RG. Bd. 5 S. 104.
[3]) RG. Bd. 66 S. 419; ROHG. Bd. 20 S. 19.
[4]) D. J. Z. 1902 S. 68.
[5]) Bolze IV Nr. 726.
[6]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 9. (OLG. Posen).
[7]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 14, sub b; ROHG. Bd. 3 S. 320.
[8]) ROHG. 5 S. 107.
[9]) J. W. 1905 S. 17 Nr. 12.
[10]) ROHG. 3 S. 210, Bd. 6 S. 326; Bd. 8 S. 19.
[11]) RG. Bd. 4 S. 69 ff.; Bd. 7 S. 44; Bd. 14 S. 245.
[12]) RG. Bd. 50 S. 255; Bd. 51 S. 347; Bd. 52 S. 151.
[13]) RG. Bd. 53 S. 163.

Vertragsverletzungen durch Staub[1]) begründet und durch das Reichsgericht[2]) anerkannt worden war. Die erste Entscheidung, die diese Lehre anwendet auf das ungerechtfertigte Sichlossagen vom Vertrage, findet sich in Bd. 57 S. 106 ff. der Entscheidungen des Reichsgerichts.

Es ist bemerkenswert, daß sich diese unterschiedliche Behandlung an die Erfüllungsweigerung *vor* Fälligkeit geknüpft hat, also an den Fall der Weigerung, bei dem die aus der rechtlichen Betrachtung der Weigerung *nach* Fälligkeit früher entnommenen Folgen nicht ausreichen konnten, um die Position des Gläubigers mit den Anforderungen der Billigkeit in Einklang zu setzen.[3]) Später ist dann dieser Unterschied auch auf die *nach* der Fälligkeit erklärte Weigerung übertragen worden, wie aus Staub-Könige a. a. O. Anm. 63 ersichtlich ist.[4])

Die Scheidung der zwei Weigerungstypen nach Bedeutung *und* Rechtsfolgen ist jedoch bisher in der Praxis des Reichsgerichtes ebensowenig wie in der Praxis anderer höherer Gerichte heimisch geworden. Es ergibt sich nämlich, daß einerseits das Lossagen mit der Weigerung gleichbehandelt[5]) und andererseits die Weigerung als ständig ein Lossagen enthaltend betrachtet wird.[6])

Die Stellung der Literatur zu dem aus der Gerichtspraxis entstandenen Resultate ist eine verschiedene.

Düringer-Hachenburg[7]) unterscheiden zwar dem Sinne nach Verneinen eines Schuldverhältnisses und Ablehnung einer vertragsmäßigen Leistung; auf die *Rechtsfolgen* lassen sie diesen Unterschied aber nicht wirken.

Brecht[8]) geht von dem Gesichtspunkte aus, „daß der Schuldner, der dem Gläubiger vor der Fälligkeit mitteilt, er

---

[1]) Festgabe f. d. 26. Dtsch. Jur. Tag. Später erweitert unter dem Titel: Die positiven Vertragsverletzungen (1904).

[2]) RG. Bd. 54 S. 102.

[3]) Vgl. RG. Bd. 51 S. 347.

[4]) Das ist aber nicht lediglich zur vollen Durchführung der Begriffsteilung geschehen; eine praktische Notwendigkeit dafür lag in der für den Gläubiger so überaus störenden Widerruflichkeit der Weigerung, die nunmehr zur Unwiderruflichkeit wurde.

[5]) H. G. Z. 1907 Nr. 36 S. 92 Hbl.

[6]) RG. Bd. 56 S. 233; Bd. 67 S. 317.

[7]) II S. 128.

[8]) a. a. O. S. 261.

werde nicht leisten, und der dadurch die Erwartung des Gläubigers auf Erfüllung trügt, sich nicht so beträgt, wie der Gläubiger auf Grund des Vertrages verlangen darf", also *immer* eine selbstständige Vertragsverletzung begeht. Für ihn ist also der Begriff der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit übergegangen in den Begriff einer bestimmten Art positiver Vertragsverletzung. Sonach kommt hier die Weigerung nur als Lossagen in Betracht.

Ebensowenig wie Brecht, der Zweiteilung des Reichsgerichtes folgt, folgt ihr Lehmann.[1]) Ihm ist zwar die Entscheidung aus dem 57. Bande bekannt. Er erblickt aber in ihr nur eine generelle Abweichung des Reichsgerichts von seiner früheren Begründung der Rechtsfolgen einer Weigerungserklärung, nicht aber eine Differenzierung des *Inhalts* einer solchen Erklärung.

Auch Endemann[2]) stellt das Lossagen vom Vertrage mit dem bloßen Weigern als Gründe für die Verneinung der Leistungsverbindlichkeit einander völlig gleich, wenn er sagt: Der Verweigernde erklärt, ich verneine meine Leistungsverbindlichkeit, entweder weil sie nicht besteht oder weil ich sie nicht erfüllen werde.

Daraus ergibt sich, daß für ihn wie für Brecht und Lehmann das Wesen der Erfüllungsweigerung im Lossagen vom Vertrage besteht. Es muß sonach von ihm ein Lossagen von einem gegenseitigen Vertrage

1) nicht erst dann angenommen werden, wenn Leistungspflicht und Pflicht zur Annahme der Gegenleistung ausdrücklich zusammen geleugnet werden. Vielmehr ergibt die Verneinung der Leistungspflicht *überhaupt* infolge des Synallagmas zugleich implicite ein Leugnen der Pflicht zur Annahme der Gegenleistung. Es muß

2) auch die Verneinung des von dem anderen Teile behaupteten *Inhaltes* der Leistungspflicht ein Leugnen *dieses* Vertrages bedeuten, und der Umstand, daß der Anspruch auf die Gegenleistung aufrecht erhalten wird, kann daran nichts ändern.

[1]) Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 96 S. 113.
[2]) D. J. Z. 1903 S. 161.

Nicht anders Siber.[1]) Ihm bedeutet die Erfüllungsweigerung als solche, welchen Inhalt sie auch habe, eine Gefährdung des künftigen Anspruches. Von einer Nuancierung des Inhaltes der Weigerung mit der Wirkung einer unterschiedlichen Rechtsfolge ist auch hier nichts zu entdecken.

Ganz anders Romeick[2]) und Staub.[3])

Staub, der Verfechter der Theorie von der positiven Vertragsverletzung, macht deutlich den Unterschied zwischen Lossagen und Weigern. Nachdem er in Anm. 84, 85 und 86 Abs. 1—3 die *Weigerung* besprochen hat, geht er in Abs. 4 zum Lossagen vom ganzen Vertrage vor der Zeit der Fälligkeit über und sagt: Wenn zu der Weigerung der Erfüllung ein Weiteres *hinzukommt*, nämlich das Lossagen vom Vertrage . . . so ist der Vertragzweck ernstlich gefährdet, es liegt eine positive Vertragsverletzung vor.[4])

Anders noch Romeick.

Wie der vertragstreue Teil entweder auf dem Vertrage beharrend, Erfüllung oder Schadensersatz fordern oder gerade vom Vertrage abgehend, Rücktritt geltend machen kann, so kann nach Romeick entsprechend auch für den weigernden Teil der Grund für die Erfüllungsweigerung der sein, daß er behauptet: entweder:

1) ein Vertrag sei garnicht geschlossen worden oder der geschlossene Vertrag sei durch contrarius consensus wieder aufgehoben oder dem Schuldner stehe ein vertragsmässiges Rücktrittsrecht zu,[5]) oder

2) er beanspruche als Gläubiger des Gegenanspruches — und zwar objektiv unberechtigterweise — andere Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung.[6])

Im ersten Falle sagt sich der Schuldner vom Vertrage los, im zweiten besteht er gerade auf ihm. Daraus folgt für

---

[1]) Jher. Jahrb. Bd. 50 S. 173 ff.

[2]) Romeick: Zur Technik des BGB. Heft 1 (Fristbestimmung) S. 88 ff

[3]) Staub-Könige, Exk. zu § 374 Anm. 51, 63, 84, 85, 86; und Staub: Positive Vertragsverletzungen S. 50 ff.

[4]) wie Staub auch Goldmann Bd. III, S. 1607/08.

[5]) Romeick a. a. O. S. 91.

[6]) do. S. 92.

Romeick, wie sich denken läßt, eine verschiedene rechtliche Behandlung dieser beiden Erklärungsarten.

Dazu ist zu bemerken: Fraglos muß unterschieden werden zwischen

1) dem Lossagen als Leugnen des ganzen Vertrages, das bei gegenseitigen Verträgen Verneinung von Anspruch *und* Gegenanspruch bedeutet;[1])

2) dem Leugnen des vom Gläubiger behaupteten Anspruches bei Aufrechterhaltung des Gegenanspruches oder dem Behaupten eines vertragswidrigen Gegenanspruches unter Anerkennung des Gläubigeranspruches, aber unter Vorbringen der exceptio non adimpleti contractus oder einer Abnahmeweigerung.

Es kann jedoch nicht zugegeben werden, daß in den unter 2) aufgeführten Fällen der Schuldner bei dem Vertrage stehen bleibt. In allen diesen Fällen leugnet er vielmehr zwar nicht einen Vertragsabschluß *überhaupt,* aber doch den Abschluß eines solchen Vertrages, wie ihn der Gläubiger behauptet. Stimmt die Behauptung des Gläubigers mit der richtigen Auslegung des Vertrages überein — und das sind die einzigen Fälle, die hier in Betracht kommen — leugnet also der Schuldner diesen Vertrag mit Unrecht, so sagt er sich kraft der Wirkung des Synallagmas ebenso vom ganzen Vertrage los, wie derjenige, der überhaupt eine Verpflichtung nicht anerkennt. Er behauptet einen anderen Vertrag und leugnet damit denjenigen, auf den sich der Gläubiger beruft.

Es bleibt außerdem von Romeick unberücksichtigt

3) der Fall, daß der Schuldner vorzeitig entweder sich für zur Zeit der Leistung unvermögend oder die Erfüllung für schon jetzt oder zur Erfüllungszeit objektiv unmöglich erklärt.[2]) Hier liegt ohne Frage ein Festhalten am Vertrage vor.

Es rechtfertigt sich demnach allerdings die begriffliche Scheidung der Weigerungsinhalte sehr wohl, nur ist die Scheidewand anders zu ziehen als bisher geschehen ist.

---

[1]) Dieser Fall entspricht den Nummern 2), 4) und 5) im Sinne Brechts (vgl. S. 2 dieser Arbeit.)

[2]) Dieser Fall entspricht den Nummern 1) und 3) im Sinne Brechts (vgl. S. 2 dieser Arbeit).

Trotz alledem darf aber nicht übersehen werden, daß die zukünftige Tatsache eines Ausbleibens der geschuldeten Leistung den Generalnenner bildet, auf den die Weigerungserklärungen *jeden* Inhaltes zurückgeführt werden können. In dieser Tatsache finden *alle* Erklärungen die übergeordnete Einheit und diese legt eine Einheitlichkeit auch in der rechtlichen Behandlung nahe.

Dazu ist zu berücksichtigen, daß die für alle Fälle der Weigerung gleichmäßige Behandlung für die Praktikabilität des Rechtes eine unschätzbare Bedeutung haben würde. Der Beweis der „causa" mit all seinen Zufälligkeiten, all seinen unübersehbaren Unzulänglichkeiten fiele fort, wenn die causa für die Folgen der Weigerung ohne Bedeutung wäre.

Ferner bringt eine Ungleichheit der Behandlung in den typischen Fällen Schuldner und Gläubiger in verschiedene Stellungsmöglichkeiten, die unter einander dahin abweichen können, daß einmal der Schuldner und das andere Mal der Gläubiger günstiger steht. Das hätte zur Folge, daß Schuldner und Gläubiger sich auf diejenige Erklärungsart berufen würden, die ihnen die günstigste Position verspricht. So würde dann der Gläubiger resp. der Schuldner den Beweis für seine bessere Stellung führen müssen. Dabei wäre jedenfalls für eine der Parteien die Lage nicht ausgeschlossen, sich auf Tatsachen gründen zu können, die in Wahrheit garnicht vorliegen. Diese Möglichkeit verbessert die Situation der Parteien in keiner Richtung, denn auch wenn von der Lüge im Einzelfall kein Gebrauch gemacht würde, so ist doch der Argwohn, es könne eine Unredlichkeit unaufgedeckt bleiben und damit dem Gegner einen unrechtmäßigen Vorteil zuführen, nicht geeignet, das in jeder Obligation ruhende Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien fördernd zu beeinflussen.

Das wichtigste aber und das was den unter A aufgestellten Satz als richtig zu erweisen, am geeignetsten ist, liegt in der Identität des Zweckes aller Weigerungserklärungen vor Fälligkeit, welchem Grunde sie auch im einzelnen Falle entsprungen sein mögen. Dem Nachweis dieser Zweckidentität ist der § 4 gewidmet. Die dortigen Ausführungen mögen unterstützend auch hier zugezogen werden.

II.

Die Erfüllungsweigerung muß *ernstlich*,[1]) d. h. sie muß *bestimmt und endgültig* sein.

1. Sie muß bestimmt sein.[2])

Bestimmt ist sie, wenn sie nicht eine bloße Erwartung,[3]) sondern eine feste Tatsache unumwunden ausdrückt, d. h. für den objektiven Betrachter erkennen läßt.[4])

Wie der später[5]) festzustellende Zweck der Erklärung ergibt, handelt es sich bei der Weigerung um eine Willenserklärung mit der besonderen Funktion einer Ermächtigung. Die Rücksicht auf den Empfänger der Erklärung erheischt es daher, daß ihm derjenige Sinn der Erklärung zugute kommt, den die Verkehrssitte bestimmt.[6]) „Sie ergibt, welcher Glaube durch eine Willenserklärung berechtigterweise erweckt und welche Treue demgemäß durch sie geboten wird".[7]) In diesem Sinne sagt das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 10. Februar 1905:[8]) Die ernstliche Erfüllungsweigerung im Sinne des § 326 BGB. muß unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage klar und unzweideutig sein. Eine solche liegt immer vor, wenn nach den Umständen des Falles die Erklärung des Schuldners von dem nichtsäumigen Gläubiger

---

[1]) ROHG. Bd. 20 S. 19; RG. Bd. 52 S. 151, Bd. 53 S. 13, Bd. 57 S. 106, Bd. 67 S. 317; Rechtspr. d. OLG. Bd. 10 S. 256; Holdheims Monatsschr. Bd. 14 S. 215; J. W. 1905 S. 17 Nr. 12; Hans. G. Z. 1907 Nr. 36 S. 92 Hbl.

[2]) Dernburg II S. 165 Anm. 7; Planck § 326 Anm. 2 d; Staub Exk. zu § 374 Anm. 69, 84; Staudinger § 326 Note 4 d; Erler „Das Recht" 1901 S. 421 ff. (auf das bestimmteste); Denkschrift zum HGB. S. 221; ROHG. Bd. 6 S. 326 (entschieden und bestimmt); RG. Bd. 7 S. 44, Bd. 53 S. 163 (mit voller Bestimmtheit); Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 9; D. J. Z. 02 S. 68; J. W. 1904 S. 92 Nr. 11; Seuff. Arch. Bd. 57 Nr. 208.

[3]) ROHG. Bd. 12 Nr. 94 S. 284.

[4]) Der unbedingten Weigerung steht die bedingte rechtlich durchaus gleich, sofern die Bedingung eine unstatthafte ist (Seuff. Arch. Bd. 28 Nr. 150). Wenn ein Kontrahent die Erfüllung vertragswidrig von dem Eintritt ungewisser und voraussichtlich in nächster Zeit nicht eintretender Ereignisse abhängig machen will, so darf angenommen werden, daß er bestimmt weigert (Seuff. Arch. Bd. 28 Nr. 241.)

[5]) Vgl. diese Arbeit S. 32.

[6]) Hölder, Jher. Jahrb. Bd. 55 S. 424.

[7]) Hölder a. a. O.

[8]) Holdheims Monatsschr. Bd. 14 S. 215.

garnicht anders aufgefaßt werden kann wie denn als ernstliche Erfüllungsweigerung, mag auch der Schuldner seine Erklärung oder sein Verhalten anders aufgefaßt haben".

2. Sie muß endgültig sein.[1])

a. Diese Endgültigkeit bedeutet nicht etwa eine bloße Präsumtion der Weigerungsfortdauer, solange als nicht Tatsachen vorliegen, aus welchen eine Willensänderung des Schuldners erkennbar hervortritt.[2]) Denn: „Sofern die Annahme, es sei etwas zurzeit von mir gewollt, die Annahme begründet, es sei auch noch später meinem Willen gemäß", bezeichnet jede Willenserklärung „den zurzeit ihrer Vollziehung ihrem Urheber zukommenden Willen als einen über diese Zeit hinaus ihm zukommenden".[3]) Insofern ist also jede Willenserklärung endgültig. Und darum weist Romeick[4]) mit Recht die Ausführungen Kohlers[5]) zurück, daß man „nicht jeden an seiner Äusserung fassen dürfe, die vielleicht nur die Ausgeburt schlechter Stimmung und übler Laune ist".

b. Diese Endgültigkeit hat vielmehr eine viel weitergehende Bedeutung und darum ist auch bei Beurteilung, ob eine Erfüllungsweigerung vorliegt, „ein strenger Maßstab anzulegen".[6]) Dieselbe Entscheidung, der diese Worte entnommen sind, charakterisiert die Endgültigkeit treffend mit folgenden Worten: Nicht schon die einfache Ablehnung, insbesondere wegen Differenzen über den Vertragsinhalt genügt, vielmehr darf eine Erfüllungsweigerung nur dann angenommen werden, wenn gewichtige tatsächliche Momente vorliegen, welche es als nach Lage der Sache ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der im Verzug befindliche Vertragsteil, wenn er durch Setzung einer Nachfrist vor die Frage gestellt wird, ob er die Folgen des § 326 Abs. 1 auf sich nehmen oder durch nachträgliche

[1]) Romeick a. a. O. S. 89; Rehbein II S. 198 Nr. 30 („jedenfalls nicht erfüllen"); RG. Bd. 66 S. 422; H. G. Z. 1907 Nr. 36 S. 92 Hbl. („ein für alle Mal"); J. W. 1905 S. 17 Nr. 12; Seuff. Arch. Bd. 57 Nr. 237 („keinenfalls erfüllen").

[2]) Paech, Der Leistungsverzug, S. 81; RG. Bd. 14 S. 245; Düringer-Hachenburg II S. 128.

[3]) Hölder a. a. O. S. 424.

[4]) a. a. O. S. 88.

[5]) Zwölf Studien, S. 157/8 (zit. nach Romeick).

[6]) RG. Bd. 66 S. 421.

Erfüllung diese Folgen von sich abwenden soll, sich zu der letzteren Alternative entschließen werde.

Was das Reichsgericht hier ausspricht, hat nicht ausdrücklich Bezug auf die Weigerung *vor* Eintritt der Fälligkeit. Es unterliegt aber wohl keinem Zweifel, daß es auch für diese Art von Weigerung Geltung hat.

Anderweit drückt sich das Reichsgericht in ähnlicher Weise aus. So spricht es von einem Weigern „in einer Weise, welche das Beharren bei der Weigerung auch zur Zeit der Fälligkeit . . . . . mit voller Bestimmtheit zum Ausdruck brachte“,[1]) so von einer „Erwartung des Stehenbleibens der Klägerin bei ihrer Erklärung“,[2]) so von einer „Gewißheit, daß eine zur Bewirkung einer Leistung noch bestimmte Frist erfolglos bleiben würde“.[3]) So erklärt das Hans. OLG., daß die Weigerung des säumigen Teiles eine Erklärung voraussetze, die gar keinen Zweifel darüber läßt, daß er keinenfalls erfüllen wollte.[4])

c. Fraglich und streitig ist jedoch, ob zur Endgültigkeit der Weigerung auch ihre Unwiderruflichkeit gehört.

aa. Im allgemeinen gilt, was Hölder[5]) ausführt: Die bindende Willenserklärung bedeutet nicht, daß der Urheber an sie gebunden ist im Sinn ihrer Unwiderruflichkeit, aber daß sie geltend gemacht werden kann oder Geltung hat, bis diese aus irgend einem Grunde wieder wegfällt.

So steht denn auch die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß der Schuldner seine Weigerung frei widerrufen kann und demnach dem Gläubiger nachträglich mit seiner Leistung aufwarten kann.[6])

---

[1]) RG. Bd. 53 S. 163;
[2]) Hans. G. Z. 1908 Nr. 70 S. 149 Hbl.
[3]) RG. Bd. 53 S. 13.
[4]) Seuff. Arch. Bd. 57 Nr. 237.
[5]) a. a. O. S. 425 Anm. 5.
[6]) Paech a. a. O. S. 81; Staub-Könige a. a. O. Anm. 84, 86 (mit Modifikation, vgl. Anm. 3); Erler „Das Recht“ 1901 a. a. O.; Rehbein a. a. O.; Endemann a. a. O.; Düringer-Hachenburg II S. 128, 149, 150; Makower I, 2 S. 1096 c; Planck zu § 326; RG. Bd. 4 S. 69, Bd. 50 S. 255; Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 9. sub a; H. G. Z. 1908 Nr. 70 S. 149 Hbl.

bb. Staub[1]) unterscheidet für die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit zwischen dem Falle, daß die Erfüllung noch in weiter Ferne steht und dem Falle, daß die Umstände ein besonderes Interesse des vertragstreuen Teiles dartun, daß er sich die Ware vor Fälligkeit verschaffe. Im ersten Falle „muß der vertragstreue Teil die Entwicklung der Dinge abwarten", im zweiten „kann der sich Weigernde die Erfüllung nicht mehr nachholen". Somit ist also für Staub die Weigerung bald widerruflich, bald unwiderruflich.

Ein besonderes Interesse, sich die Ware vor Fälligkeit zu verschaffen, kann der vertragstreue Teil nur dann haben, wenn sein Interesse am Vertrage mit dem Augenblicke der Nichterfüllung am vereinbarten Lieferungstermine erlischt, also im Falle BGB. § 326 Abs. 2. Kommt nun der Weigernde deswegen nicht in Verzug, weil nachträgliche Leistungsanstrengungen ihm trotz der vorangegangenen Weigerung die rechtzeitige Erfüllung ermöglichen, so ist bei der Stellung Staubs zum Probleme der Nachlieferung nicht einzusehen, warum der Schuldner im letzteren Falle nicht mehr zur Nachlieferung berechtigt und damit imstande sein soll, den Gläubiger mit der vertragsgemäßen Lieferung in Annahmeverzug zu versetzen. Der vollzogene Deckungsabschluß des Gläubigers hat ja im Sinne Staubs[2]) das Interesse am Vertrage nicht vernichtet. Widerruf müßte demnach auch hier zulässig sein.

Was Staub zu der Unterscheidung in den Interessen des Gläubigers führt, ist aber deswegen nicht unbeachtlich; es fügt sich nur nicht in sein System der Rechtsfolge bei Erfüllungsweigerung ein. Beachtlich ist es nämlich insofern, als es zeigt, wie auch die *Zeit* der Abgabe der Weigerungserklärung mit in Anschlag zu bringen ist, wenn es sich darum handelt, die Natur der einzelnen Weigerung als einer endgültigen zu bestimmen, d. h. als einer solchen, mit deren Endgültigkeit der Gläubiger zu rechnen hat.

cc. Das Risiko einer solchen Rechnung bleibt aber immer für den Gläubiger ein allzu gefährliches. Was dem Gläubiger nottut, ist Sicherheit, „die Sicherheit, daß er mit der Erfüllung am Lieferungstermin nicht mehr zu rechnen hat".[3])

---

[1]) Vgl. Anm. 2.

[2]) Das geht aus Exkurs zu § 374 Anm. 86 deutlich hervor.

[3]) Endemann, Dtsch. J. Ztg. 1903 S. 161.

Daß man dem hierin liegenden Bedürfnisse des Gläubigers nur dann entgegenkommt, wenn man die einmal abgegebene Weigerung aus dem Bereiche freier Widerrufsmöglichkeit heraushebt, hat das Reichsgericht in einem älteren Urteil bereits anerkannt.[1]) „Es kann nicht", sagt es hier, „in der Willkür des Verkäufers liegen, durch Abgehen von seiner früheren Erklärung den Käufer, welcher folgeweise die Ware doppelt anschaffen müßte, in Schaden zu versetzen".

In der Folgezeit hat das Reichsgericht allerdings diesen Standpunkt verlassen.[2]) Jedoch möchte es so scheinen, als ob es neuerdings wieder zur alten Meinung zurückgekehrt ist.[3]) In dieser neueren Entscheidung geht es von der Unwiderruflichkeit der rechtmäßigen Rücktrittserklärung aus und sagt weiter: Beanstandet der andere Teil die Rechtmäßigkeit der Rücktrittserklärung, so kann er jenen (den Urheber der Erklärung) nicht an seiner Rücktrittserklärung insoweit festhalten, daß in ihr eine ernstliche Erfüllungsweigerung unwiderruflich erklärt sei. In solchem Falle darf eine ernstliche Weigerung nur unter der Voraussetzung als vorliegend erachtet werden, daß entweder der andere Vertragsteil nach der Rücktrittserklärung noch erfolglos Erfüllung des Vertrages verlangt hat, oder daß die Rücktrittserklärung selbst die Antwort auf ein solches berechtigtes Erfüllungsverlangen des anderen Teils war.

Aus dieser Äußerung darf wohl mit Recht geschlossen werden, daß für den Fall des Vorliegens derjenigen Voraussetzungen, die das Reichsgericht hier für die Auslegung des unberechtigten Rücktrittes als Erfüllungsweigerung fordert, diese Weigerung für eine *unwiderrufliche* angesprochen werden muß. Ist sie ernstliche Erfüllungsweigerung, so ist sie unwiderruflich; ist sie widerruflich, so ist sie keine ernstliche Weigerung.

Diese Ansicht wird auch von Endemann bei der Besprechung des 52. Bandes der Reichsgerichtsentscheidungen geteilt.[4]) „Entweder", so führt er aus, „ist die Verweigerungserklärung eine endgültige und dann bindet sie auch den Verkäufer unter Ausschluß einer später nachfolgenden wenngleich fristgerechten

[1]) RG. Bd. 7 S. 44.

[2]) RG Bd. 15 S. 66, Bd. 52 S. 151, Bd. 57 S. 114 (jedoch mit Einschränkung); Bolze IV Nr. 726; H. G. Z. 1908 a. a. O.

[3]) RG. Bd. 67 S. 317.

[4]) Dtsch. J. Ztg. 1903 S. 161.

Leistung, oder sie ist bloß eine unverbindliche einseitige Erklärung“ und dann kann sie auch nicht die Folgen haben, die ihr das Reichsgericht beimißt.

In gleichem Sinne sagt Makower,[1]) es sei mit der Regel, wie die Denkschrift[2]) sie faßt, nicht zu vereinen, daß der Weigerer durch nachträgliche Erfüllung den Schadensersatzanspruch abwendet.

Romeick[3]) baut seine ganze Konstruktion der Weigerungsfolgen auf der Unwiderruflichkeit der Weigerung auf. „Wer eine Äußerung tut, welche nach ihrem Wortlaut, nach den begleitenden Umständen, nach der Verkehrssitte als eine ernstliche Willenserklärung aufgefaßt werden mußte, darf sich nicht darauf berufen, diese seine Äußerung sei nur eine Ausgeburt seiner damaligen üblen Laune . . . . . Auch lehrt die tägliche Erfahrung, daß Annahme- und Leistungsverweigerung gewöhnlich den Abschluß lebhafter und streitbarer kaufmännischer Korrespondenz bilden und schon äußerlich den Stempel der Ernstlichkeit und Endgültigkeit an sich tragen“.

Freilich läßt eine andere Äußerung Romeicks[4]) auf eine gegenteilige Meinung seinerseits schließen. „Dem Schuldner“ heißt es da, „muß Gelegenheit gegeben werden, die Entschließung des Gläubigers erst kennen zu lernen; *beharrt* er dann noch auf Weigerung, dann ist . . der Stoß . . vollendet“.

Über diesen Passus kommt man bei Romeick schlechterdings nicht hinweg. Er erscheint mit den Ausführungen, auf denen seine Anschauung von der Natur der Weigerung beruht, nicht vereinbar. Geht doch aus allem übrigen hervor, daß Romeick die Erfüllungsweigerung für an sich unwiderruflich hält und sie nicht erst durch die endgültige Entschließung des Gläubigers unwiderruflich werden läßt.

Was trotzdem diesen Worten Beachtenswertes zugrunde liegt, ist folgendes: Romeick ist der Ansicht, daß erst der *Austausch* endgültiger Erklärungen zwischen Schuldner und Gläubiger den Schuldner zur Herbeiführung irgend welcher Rechtskonsequenzen aus der Weigerung berechtige.[5]) Was

---

[1]) Kommentar I 2. Vorbem. zu §§ 375, 367 A I c.
[2]) S. 221.
[3]) Romeick, a. a. O. S. 88/89.
[4]) do. S. 101.
[5]) a. a. O. S. 90 u. 101.

der Schuldner auf die Weigerung hin *vor* dem Austausch getan hat, hat er demnach auf eigene Gefahr getan. Bei einer solchen Betrachtung der Dinge ist nicht einzusehen, warum der Schuldner nicht bis zu eben diesem Austausch seine Erklärung frei widerrufen kann. Es steht ja bei dem Gläubiger durch Herbeiführung seiner korrespondierenden endgültigen Entschließung die Widerrufsmöglichkeit zu beenden.

Gewiß geht der Sinn des aus Romeick zitierten Satzes über diese Auslegung hinaus. Denn er vindiziert dem Schuldner anscheinend auch einen Widerruf nach Austausch. Indessen kann nicht anerkannt werden, daß diese Folgerung sich als von Romeick mit Recht aus den eigenen sonstigen Ausführungen gezogen betrachten läßt.

Andererseits ist aber auch nicht recht ersichtlich, warum die empfangsbedürftige Weigerungserklärung gewissermaßen dadurch zu einer annahmebedürftigen gemacht werden muß, daß ein Schweigen des Gläubigers auf die Weigerung als Zustimmung gedeutet wird,[1]) und deswegen eine korrespondierende Erklärung des Gläubigers gefordert werden muß. Die lebhafte und streitbare Korrespondenz, von der Romeick spricht, wird mit genügender Deutlichkeit erweisen, daß die Absicht eines Einverständnisses mit der Weigerung dem Gläubiger nicht unterlegt werden kann.

Auch der Hinweis auf die Notwendigkeit eines wörtlichen Angebotes der Leistung trotz voraufgegangener Annahmeweigerung des Gläubigers[2]) erscheint dafür nicht als eine glückliche Parallele. Der Grund dieser Bestimmung scheint mir nämlich nicht darin zu liegen, daß der endgültigen Erklärung des Gläubigers eine endgültige Erklärung des Schuldners korrespondieren muß, sondern vielmehr darin, daß für den Beginn der verschlechterten Position des in Verzug geratenen Gläubigers ein fester Zeitpunkt bestimmt werden sollte. Nicht der Augenblick der Weigerung selbst drückt den Gläubiger in eine ungünstigere Rechtsstellung, sondern der Augenblick des Verzugsbeginnes. Dieser aber bedurfte einer näheren Bestimmung. Denn einerseits kann im Zweifel der Schuldner den Gläubiger schon vor Fälligkeit in Annahmeverzug setzen; andererseits ist er dazu nur imstande, wenn er selbst erfüllungsbereit ist. Um

[1]) a. a. O. S. 90.
[2]) a. a. O. S. 89.

nun die Möglichkeit zu haben, das Vorliegen dieser Voraussetzung zu dem im Zweifel vom Schuldner frei wählbaren Zeitpunkte prüfen zu können, bedarf es notwendig der Festlegung dieses Punktes.[1]) In dieser Funktion erschöpft sich die Bedeutung des wörtlichen Angebotes.

Somit ergibt sich, daß der Austausch endgültiger Erklärungen nicht als Anfangspunkt von Gläubigerrechten und nicht als Endpunkt der Widerruflichkeit der Weigerung betrachtet werden darf.

Es ist vielmehr wieder auf den Zweck der Weigerungserklärung zurückzugehen und außerdem zu fragen, welche Wirkungen sie auf Seiten des Gläubigers hervorzubringen geeignet war. Werden diese Momente berücksichtigt, so erscheint eine Ausführung des Hans. OLG., die sich allerdings nicht auf die vorzeitige Weigerung, sondern auf die vorzeitige Ausübung des Wahlrechtes nach § 326 bezieht, dazu geschaffen, an dieser Stelle mutatis mutandis Platz zu finden. Es heißt dort:[2]) Ohne Erklärung seinerseits . . . . . nach Treu und Glauben kam der Empfänger in die Lage, sich nach diesen Erklärungen des Urhebers richten zu dürfen, weil er dann lediglich tat, was dieser verlangte. Eben weil der Urheber dem Empfänger *Befugnisse* eingeräumt hatte, kann er die von ihm getroffene Verfügung nicht widerrufen. Sollte er dennoch so verfahren, so braucht der Empfänger sich auf derartige Abänderungen nicht einzulassen . . . . . Es spricht auch keinerlei Billigkeit dagegen, den Urheber an seiner Erklärung festzuhalten, denn wenn er sich dabei in der Konjunktur verrechnet haben sollte, so war es ja lediglich seine eigene Voreiligkeit, die er büßt. Dagegen ist es im höchsten Grade unbillig, den Empfänger, der sich nach der immerhin abgegebenen Erklärung gerichtet hat und auf sie beruft, damit abzufertigen, dieselbe sei nicht verbindlich gewesen und es sei sein Schade, daß er sich darauf verlassen habe.

Während die in dieser Betrachtung enthaltenen Billigkeitserwägungen einen Anlaß zu Beanstandungen nicht geben, muß

[1]) Wenn Romeick a. a. O. S. 90 sagt, das wörtliche Angebot könne im Gegensatze zum tatsächlichen Angebot *vor* der Leistungszeit erfolgen, so kann ihm darin nicht beigetreten werden. Wörtlich kann vor der Leistungszeit nur dann angeboten werden, wenn vor Ablauf der Lieferzeit auch tatsächlich angeboten werden könnte. (BGB. § 271, 2).

[2]) H. G. Z. 1902 Nr. 68 Hbl. (ebenso Seuff. Arch. Bd. 57 Nr. 238.

die Ansicht des OLG. dahin modifiziert werden, daß *nicht das Einräumen* von Befugnissen selbst, nicht die Lage des Empfängers, sich nach den Erklärungen richten zu *dürfen*, den Widerruf ausschließt. Dann müßte die Einwilligung des § 182 BGB. und ebenso auch die Anweisung des BGB. unwiderruflich sein. Das trifft indessen nicht zu.[1]) Wohl aber gilt folgendes: Ist einmal das einwilligungsbedürftige Geschäft auf Grund der Einwilligung *vorgenommen* worden, so kann die Einwilligung nicht wieder zurückgezogen werden. Und so auch bei der Anweisung: Ist einmal der Angewiesene *tätig geworden*, hat er gezahlt oder hat er angenommen, dann ist es mit dem Widerruf vorbei.

Nicht das *Einräumen* der Befugnis also, nicht das Richten*dürfen* nach der Erklärung, sondern das Gebrauchgemacht*haben*, das Sichgerichtet*haben*, das Tätig*gewordensein* auf Grund der Befugnis — das schließt den Widerruf aus.

Aus diesen Parallelen darf der Schluß gezogen werden: Die Erfüllungsweigerung ist auch als bestimmte und endgültige an sich widerruflich. Aber sie ist es nur so lange, als nicht auf Grund der Weigerung der Gläubiger tätig geworden ist. Von diesem Momente ab *wird* die Erfüllungsweigerung *unwiderruflich*.[2])

III.

Die Anzeige ist empfangsbedürftig. Denn sie bedeutet die Beteiligung des Gläubigers an den Rechtsverhältnissen des Schuldners.[3]) Sie gehört zur Rechtssphäre des „anerklärten“[4]) Gläubigers. Sie ist empfangsbedürftig wie alle Ermächtigungen (vgl. §§ 182, 167 BGB.) empfangsbedürftig sind. Infolgedessen wird sie erst wirksam mit ihrem Zugehen.

IV.

Der die Erklärung empfangende Gläubiger muß vertragstreu sein.

---

[1]) BGB. §§ 183, 790.

[2]) Interessant ist bei Staub a. a. O. Anm. 84 und RG. Bd. 57 S. 106 ff. die Weigerung unwiderruflich werden zu sehen, wenn der Gläubiger von seinem Wahlrecht aus BGB. § 326 Gebrauch gemacht hat. Auch hier findet sich also der Gedanke, daß die gezogene Konsequenz einen verläßlichen Grund braucht.

[3]) Endemann, Lehrb. I § 66 S. 309.

[4]) Bekker, Pand. II S. 76 (zit. nach Endemann).

Die Weigerung gegenüber einem Vertragsbrüchigen ist an sich keine Weigerung. Umstände, die den Empfänger als vertragsbrüchig charakterisieren, beeinträchtigen danach die Natur der Erklärung. Sie bringt keine besonderen Rechtsfolgen gegenüber einem untreuen Adressaten hervor, weil sie keine Erfüllungsweigerung im technischen Sinne ist. Sie kann den Empfänger nicht von seinen Vertragswidrigkeiten entlasten; er muß sich vielmehr zunächst selbst auf den Standpunkt vertragstreuer Erfüllung stellen.[1])

Der Grund für dieses Erfordernis ist darin zu finden, daß der gegenüber einem ungetreuen Gegner Weigernde eben in dieser Untreue den Grund für seine Weigerung sieht, und zwar den einzigen Grund. Sein Wille geht daher nicht auf Weigerung der Erfüllung des *Vertrages*, sondern nur auf Weigerung der Erfüllung gegenüber dem *untreuen* Teile, unter Beibehaltung der Bereitwilligkeit an den *treuen* Gläubiger zu leisten. „Nur dann, wenn der Weigernde kundgegeben hätte, auf seiner Erfüllungsweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der andere Teil die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeiten gutgemacht habe, könnte dieser auch ohne reales Gutmachen seiner Vertragswidrigkeiten die Wirkungen ernstlicher Weigerung der Erfüllung für sich beanspruchen".[2])

Dann aber geht im eigentlichen Sinne die Weigerung an den vertrags*treuen* Gegner, denn der Gläubiger wäre auch als vertragstreuer Teil Empfänger der Weigerung geworden.

V.

Die Anzeige muß lauten auf Nichtbereitschaft zur *rechten Zeit*.

Mit der einzigen Ausnahme des Fixgeschäftes läßt das Gesetz den Anspruch auf Erfüllung nicht mit dem Eintritt des Leistungstermines erlöschen, und ersetzt ihn nicht ohne weiteres durch den Anspruch auf Schadenersatz oder Rücktritt. Vielmehr gewährt es auch nach Eintritt der Fälligkeit noch ein modicum tempus zur Leistung. Bei gegenseitigen Verträgen ist darum das Ende der Leistungszeit nicht auf den aus dem Vertrage entnehmbaren Endtermin zu setzen, sondern auf das Ende der nachträglich gesetzten angemessenen Frist. Eine Leistung innerhalb der Frist ist also im Sinne des BGB. § 326 noch rechtzeitig.

---

[1]) RG. Bd. 67 S. 317.

[2]) RG. Bd. 67 S. 317.

Erfüllungsweigerung liegt also nur dann vor, wenn aus ihr entnommen werden kann, daß *überhaupt*, also auch während der Nachfrist nicht geliefert werden wird.[1])

VI.

In Betracht kommt nur die Weigerung *objektiv* vertragsmäßiger Leistung.

Lehnt der Schuldner nicht eine Vertragspflicht überhaupt, sondern — bloß einer Modalität der Leistung wegen, die von der Gegenseite als vertragsmäßig behauptet wird — die Erfüllung einer Verbindlichkeit mit *solchem* Inhalt ab, so gilt diese Ablehnung dann als Weigerung, wenn sich bei der objektiven Auslegung des Vertrages aus ihm unstreitig die Verpflichtung zur Leistung *mit* den betreffenden Modalitäten ergibt.

Es kommt also für das Vorliegen einer Weigerung nicht auf die subjektive Kenntnis, nicht auf das Bewußtsein einer Vertragswidrigkeit an, sondern nur auf das objektive Vorliegen einer solchen.[2]) Das allein entspricht dem Erfordernis möglichsten Schutzes des Gläubigers.

VII.

Die Anzeige muß den Inhalt haben, daß der Schuldner für die Leistung nicht *bereit* sein werde.

Von der Bereitschaft zur Leistung zu unterscheiden ist die Vorbereitung zur Leistung. „Der Schuldner ist nur verpflichtet zur Leistung, er ist nicht verpflichtet zu denjenigen Vorbereitungshandlungen, welche die Leistung herbeiführen.“[3])

Es kommt demnach für die Weigerung nicht darauf an, ob der Schuldner bereits Vorbereitungsarbeiten gemacht hat und auf Grund derselben seine Weigerung erklärt, oder ob er diese Erklärung abgibt, bevor er irgend welche Anstalten zur Erfüllung getroffen hat. Es kommt lediglich darauf an, daß er erklärt, er werde zur rechten Zeit, gleichgültig, ob *mit* Vorbereitungshandlungen oder ohne solche nicht bereit sein werde, die *Erfüllungshandlung* vorzunehmen, d. h. die Übertragung des geforderten Vermögensstückes in das Gläubigervermögen zu bewerkstelligen.

---

[1]) RG. Bd. 5 S. 104; nicht genau RG. Bd. 53 S. 163 (vgl. S. 12 dieser Arbeit zu Anm. 1); richtig RG. Bd. 53 S. 13.

[2]) J. W. 1903 S. 139 Nr. 305, 2.

[3]) Kohler, Lehrb. d. Bürg. Rechts II 1 § 15 S. 44.

§ 2.

Der Begriff der Fälligkeit.

Es gibt fällige Ansprüche und nicht fällige Ansprüche.

Der Begriff des nicht fälligen Anspruches setzt das Bestehen eines Anspruchs unabhängig vom Eintritt seiner Fälligkeit voraus. Ob dieser Begriff gesetzentsprechend ist, wird indessen bestritten,[1]) und zwar meist mit Hinweis auf BGB. § 198. Wenn dort der Beginn der Verjährung auf den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs verlegt wird, so könne, wird gesagt, der Anspruch nicht vor Fälligkeit entstanden sein, weil nämlich die Verjährung ihrem Sinne nach nicht vor Fälligkeit beginnen könne. Dies Argument darf damit widerlegt werden, daß § 198 BGB. einen fälligen Anspruch voraussetzt und deshalb für die aufgeworfene Frage nicht beweisend ist,[2]) daß aber andere Stellen des Gesetzes das Erfordernis der Fälligkeit betonen[3]) und damit die Existenz eines nicht fälligen Anspruchs voraussetzen.

I. Nicht entstandene Ansprüche.

Wie aus BGB § 160 hervorgeht, sind als künftige Ansprüche gedacht

a) die bedingten,

b) die befristeten.

Diese beiden Arten künftiger Ansprüche sind nur dadurch unterschieden, daß bei ersteren die Entstehung abhängig ist vom Eintritt eines ungewissen, bei letzteren vom Eintritt eines gewissen Ereignisses. Der befristete Anspruch hat eine sehr geringe praktische Bedeutung und ist schwer zu konstruieren.[4])

c) Nicht zu den künftigen, sondern zu den gegenwärtigen, also bereits entstandenen, Ansprüchen gehört der mit einer Einrede behaftete. „Da die Einrede das Recht verleiht, eine Leistung, die an sich zu vollziehen wäre, auf die also der

---

[1]) Crome, System I § 35 S. 180; Siber, Rechtszwang S. 81; Hölder, Kommentar I S. 423 und die bei Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 70 aufgeführte Literatur.

[2]) Lehmann, a. a. O. S. 72; Hellwig, Lehrb. I S. 217.

[3]) So BGB. §§ 273, 387 und die bei Langheinecken, Anspruch und Einrede (1903) S. 67 zitierten Gesetzesstellen.

[4]) Langheinecken a. a. O. S. 73; Eccius, Gruchot, Bd. 45 S. 437.

andere einen Anspruch hat, zu verweigern, so setzt sie begrifflich notwendig das Vorhandensein eines gegnerischen Anspruchs und einer Verpflichtung zur Leistung voraus.“)[1] Es gibt nur eine Einrede gegen einen existenten, nicht gegen einen nicht existenten Anspruch.

II. Nicht fällige Ansprüche, d. h. gegenwärtige Ansprüche auf künftige Leistung sind

1. die gehemmten Ansprüche,

2. die verhaltenen Ansprüche.[2])

zu 1). Die Hemmung kann ihren Grund haben:

a. in einer Betagung,

b. in einer bedingten Wirksamkeit,

c. in der Geltendmachung einer Einrede.[3])

zu a. Aus der Fassung des § 271 Abs. 2 BGB. ergibt sich, daß alle Geschäfte, die eine Zeit für die Leistung bestimmen, im Zweifel betagte Geschäfte sind, d. h. Geschäfte, bei denen der Anspruch auf die Leistung mit dem Abschluß des Vertrages entsteht, dieser aber in seiner Aktualität gehemmt ist bis zum Eintritt eines gewissen Ereignisses, des sogen. Stichtages. In ihnen ist die *Fälligkeit* hinausgeschoben, nicht die Entstehung des Anspruches. Diese Ansprüche sind diejenigen, bei denen die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit vornehmlich vorkommt. Bei ihnen möge daher das Wesen der Fälligkeit besprochen werden.

aa. „Fälligkeit ist derjenige Zeitpunkt, in welchem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden kann“, so definiert das Sächsische BGB. § 158, so definiert auch der Entwurf I § 158 des Deutschen BGB. Die Forderung ist fällig heißt demnach: der Gläubiger kann fordern.

bb. Nicht heißt es: der Schuldner darf leisten und ebensowenig: der Schuldner muß leisten.[4])

---

[1]) Langheinecken a. a. O. S. 46.

[2]) Nach Langheinecken a. a. O. S. 95.

[3]) Entgegen Langheinecken S. 87: in der Behaftung mit einer Einrede. Wie hier: Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 352; Lehmann a. a. O. S. 81.

[4]) Paech a. a. O. S. 29, 34.

α. Der Schuldner *darf* im allgemeinen sofort leisten (BGB. § 271 Abs. 1 und 2.), also auch *bevor* der Gläubiger zu fordern berechtigt ist, also vor Fälligkeit. Es kann aber auch sein, daß der Gläubiger fordern, der Schuldner indessen nicht leisten darf. Das liegt vor, wenn der Gläubiger sich zu seinen Gunsten einen Termin ausbedingt zur Entgegennahme der Leistung und auch sonst in Fällen, in denen der Gläubiger fordern darf, aber sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen braucht. Hier steht einer fälligen Leistungspflicht ein Mangel gegenüber an Leistungs*befugnis*. Wir werden Gelegenheit haben, diesen Fall bei der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit kennen zu lernen.

β. Fordern können, also Fälligkeit, und Leistenmüssen, also Erfüllungspflicht, können zusammenfallen und fallen auch wirklich zusammen, soweit die Regel dies interpellat pro homine reicht; soweit sie nicht gilt, ist aber die Erfüllungspflicht abhängig von der Kundgabe des Leistungsverlangens, d. h. von der Mahnung.[1]) Sie bedeutet die Anzeige, daß der Gläubiger von seinem Rechte, gegenwärtig fordern zu können, gegenwärtig Gebrauch machen will. Da nun der Gläubiger der Natur der Sache gemäß unmittelbar nach Fälligkeit mahnen darf, und der Schuldner unmittelbar nach Mahnung leisten muß, so ergibt sich, daß die Fälligkeit für den Schuldner die Notwendigkeit bedeutet, erfüllungsbereit zu sein.[2])

γ. Abweichungen von der Regel sofortiger Fälligkeit, also Betagungen des Anspruchs, können beruhen

$\alpha\alpha$. in der Art des Vertrages. So ergibt sich aus dem Abschluß des Leih- oder Darlehensvertrages, aus der Miete, der Pacht, daß der Anspruch auf Rückgewähr des Hingegebenen nicht sofort fällig sein kann, sondern erst mit Eintritt eines Ereignisses oder nach Ablauf einer gewissen Zeit;

$\beta\beta$. in ausdrücklicher oder ersichtlicher Bestimmung des Vertrages. Nur diejenige Zeitbestimmung kommt hier in Betracht, die zugunsten des Schuldners geht,[3]) nicht auch die zugunsten des Gläubigers oder beider Vertragsparteien, denn

---

[1]) Paech, a. a. O. S. 34.

[2]) Nur die *Notwendigkeit*, nicht die *Verbindlichkeit*, wie Paech will, diese geht vielmehr nur auf Vornahme der Erfüllungshandlung.

[3]) So auch Paech a. a. O. S. 38.

nur die zugunsten des Schuldners laufende Zeit vermag hemmend auf die Aktualität des Gläubigerrechtes zu wirken.

Als eine solche hat auch die Stundung zu gelten. Während die herrschende Meinung[1]) sie als Einrede betrachtet, behandeln wir sie als Betagung. Die Stundung erscheint sonach nicht als Hinausschiebung des ursprünglichen Fälligkeitstermins ohne Berührung der bereits eingetretenen Fälligkeit, sondern als unmittelbare Hemmung der Wirksamkeit des Anspruchs. Sie bedarf also, um zu wirken, nicht der Geltendmachung durch den Schuldner.[2])

Nur der Ablauf der Zeit vermag die Fälligkeit betagter Ansprüche herbeizuführen, und außer ihm nur eine Vereinbarung der Parteien. Nicht aber kann einer einseitigen Erklärung diese Wirkung beigelegt werden. Darum vermag auch die Erfüllungsweigerung nicht einen sofortigen Eintritt der Fälligkeit hervorzubringen.[3])

Zu b) Der bedingt wirksame Anspruch ist eine in der Literatur vor Langheinecken nirgends konsequent durchgeführte Kategorie und hat bereits eine Reihe von Gegnern gefunden.[4]) Er ist das Gegenstück des betagten Anspruches, wie der bedingte das Gegenstück des befristeten ist. Er ist ein gegenwärtig bestehender Anspruch, dessen Durchführung auf ein zukünftiges *ungewisses* Ereignis hinausgeschoben ist[5]) und findet im Gesetze eine feste Stütze. Seine Wirksamkeit ist in ähnlichem Sinne gehemmt, wie die des betagten. Was von diesem gilt, muß auch für jenen gelten. Auch er wird wirksam nur durch Eintritt der Bedingung oder durch den auf Vereinbarung beruhenden Ersatz der bedingten durch unbedingte Wirksamkeit. Auch bei ihm ist also der Eintritt der Fälligkeit nicht durch

---

[1]) Literaturangabe bei Langheinecken a. a. O. S. 313 Anm. 2.

[2]) Langheinecken a. a. O.

[3]) Das müssen alle diejenigen annehmen, die behaupten, mit der Weigerung vor Fälligkeit setze sich der Schuldner selbst in Verzug; vgl. Staub a. a. O. Anm. 86; J. W. 1902 S. 28 Nr. 13; D. J. Z. 1902 S. 68; RG. Bd. 57 S. 106 ff., Seuff-Arch. Bd. 57 Nr. 208. *Richtig:* Paech S. 38; Rehbein a. a. O.; Makower a. a. O.; ROHG. Bd. 20 S. 19.

[4]) So Lehmann a. a. O. S. 74, der bei ihr das Leistensollen und Verlangenkönnen für rein hypothetischer Natur hält und darum Bedenken trägt, hier bereits ein Recht zu verlangen, anzunehmen.

[5]) Langheinecken a. a. O. S. 51, 52.

einseitige Erklärung zu erreichen. Darum vermag auch bei ihm die Erfüllungsweigerung während der Schwebe der Bedingung Fälligkeit nicht zu bewirken.

Zu c) Das bloße Entgegenstehen einer Einrede gegenüber dem Anspruch, die bloße „Behaftung" mit ihr vermag die Fälligkeit nicht zu hemmen. Das bloße Bestehen eines Gegenrechtes schließt die gegenwärtige Durchführung eines Anspruches nicht aus.[1]) Die Einrede hemmt demnach die Fälligkeit nur, wenn sie geltend gemacht wird. War der Anspruch bereits vor Erhebung der Einrede fällig geworden, so entkleidet diese ihn wieder der Fälligkeit, macht ihn rückwirkend wieder zu einem nicht fälligen.

Von der Einrede als dem Gegenrecht wohl zu unterscheiden ist die „inhaltliche Beschränkung" des Anspruches. Auch diese kann prozessual durch bloße Einrede geltend gemacht werden, d. h. die Beachtlichkeit dieser Beschränkung im Prozeß kann geknüpft sein an die Berufung des Schuldners auf sie.[2])

Die uns in diesem Zusammenhange am meisten interessierende Einrede solcher Art ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.[3]) Ihr Geltendmachen vermag die Fälligkeit nicht zu hemmen. Das folgt unmittelbar aus dem Gesetz. Nach BGB. § 322 kann nämlich trotz Vorbringens der exceptio non adimpleti contractus Verurteilung erfolgen. Diese aber setzt voraus einen gegenwärtigen Anspruch auf gegenwärtige Leistung, also einen fälligen Anspruch. Freilich ist die Verurteilung eine beschränkte, weil der Inhalt des Anspruches ein beschränkter ist; es ist aber nicht richtig zu sagen, das „Zug um Zug" beziehe sich nur auf die Art und Weise der Zwangsvollstreckung.[4]) Richtig aber ist, daß der Hauptton auf dem Wort „Verurteilung" liegt, und daß durch dieses Wort der Anspruch, dem das Verlangen einer Gegenleistung entgegengehalten wird, als ein fälliger sich beweist.[5])

---

[1]) So Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 352.

[2]) Langheinecken S. 88 Anm. 2.

[3]) BGB. § 320. Statt Aller: Langheinecken a. a. O. S. 89.

[4]) So Paech a. a. O. S. 31. Vielmehr enthält schon das Urteil selbst die inhaltliche Beschränkung.

[5]) Paech a. a. O. S. 31.

Unrichtig ist daher, was Staub[1]) behauptet: Fällig wird der Kaufpreis nur dann, wenn der Verkäufer die Ware besitzt. Unrichtig auch, was Dernburg an der Stelle sagt, an der er über die Fälligkeit als Voraussetzung des Verzuges spricht.[2]) Dagegen stimmt Endermanns Ansicht mit der unseren überein; ebenso auch die Plancks und Oertmanns.[3])

Die Stellung des Reichsgerichtes zu dieser Frage ist nur aus einer der mir bekannt gewordenen Entscheidungen ersichtlich. In Band 50 S. 255 hat sich das Reichsgericht die Kontroverse zwar zum Bewußtsein gebracht, indessen daselbst eine Entscheidung nicht gefällt, weil sie a. a. O. nicht erforderlich war. Ob in Bd. 67 S. 317 das „Mitwirken des anderen Vertragsteiles zur Fälligkeit" etwa auch in der Bereitschaft zur Gegenleistung bestehen kann, entzieht sich der genauen Einsicht. In RG. Bd. 53 S. 13 und Bd. 57 S. 106 ff. ist deutlich nur, daß ein Verzug desjenigen, dem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zusteht, für ausgeschlossen gehalten wird.[4]) Ob aber deswegen, weil seine Schuld noch nicht fällig oder deswegen, weil eine andere der drei Verzugsvoraussetzungen nicht erfüllt ist, läßt sich nicht erkennen. Aus RG. Bd. 68 S. 22 geht aber evident hervor, daß auch das Reichsgericht die Fälligkeit nicht durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berührt sein läßt.

Zu 2). Der verhaltene Anspruch ist ein solcher, der nicht fällig, aber gleichwohl in keiner Weise gehemmt ist.[5]) Seine Fälligkeit hängt von dem freien Belieben des Schuldners ab, sein Verlangen nach Befriedigung zu äußern.[6]) Er stellt einen Typus dar, der erst von Langheinecken erkannt ist. Auf seine Ausführungen mag hier im allgemeinen verwiesen werden,

---

[1]) Pos. Vertragsverletzg. S. 57 u. Exk. zu § 374 Anm. 9, 63, 84.

[2]) Dernburg II § 71 S. 165.

[3]) Endemann, Lehrb. I § 136 S. 773 Anm. 1; Planck zu § 284 Nr. 4 d; Oertmann zu § 284 Nr. 2 i.

[4]) Darum läßt es in der Erfüllungsweigerung einmal (Bd. 53 S. 13) eine Entbindung von dem Angebote der Ware, das andere Mal (Bd. 57 S. 106 ff.) einen Verzicht auf das Gegenrecht aus § 320 BGB. enthalten sein.

[5]) Langheinecken a. a. O. S. 101.

[6]) Im allgemeinen wirkt das „Verlangen" nicht auf die Fälligkeit, sondern nur auf Entstehen des Verzuges. In den zur Rede stehenden Fällen wird sich das Verlangen zu *diesem* Zwecke erübrigen, Mahnung also zur Herbeiführung des Verzuges überflüssig sein.

nur auf einzelnes, das für die zu behandelnde Frage der Erfüllungsweigerung von Bedeutung ist, soll aufmerksam gemacht werden.

a. Der Schuldner vermag den Gläubiger eines verhaltenen Anspruchs nicht in Annahmeverzug zu setzen, da die Herbeiführung der Fälligkeit in die alleinige Macht des Gläubigers gestellt ist und BGB. § 271 Abs. 2 nicht Anwendung findet, handelt doch diese Stelle nur von betagten, also von gehemmten Ansprüchen.[1])

b. Zu den verhaltenen Ansprüchen gehört auch der „auf Abruf" fällig werdende. Er ist insofern häufig in seiner Eigenschaft als verhaltener beschränkt, als seine Existenz als verhaltener oft einer Präklusion unterworfen ist und diese damit zu einer sekundär bedingt wirksamen wird. Eine solche Beschränkung liegt in der häufigen Bestimmung, daß auf Abruf zu liefern sei, aber der Abruf der gesamten Vertragsmenge bis zum Schlusse des Jahres erfolgt sein müsse, widrigenfalls zu diesem Zeitpunkt die ganze Lieferung fällig werde.

Bei dieser Art von Ansprüchen kommt die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit, d. h. vor Abruf, häufig vor.

III. Als fällig haben demnach diejenigen Ansprüche zu gelten, die gegenwärtig durchführbar sind, weil sie

1) entstanden,

2) weder gehemmt noch verhalten sind.

IV. Eine Erfüllungsweigerung ist demnach im eigentlichen Sinne vor der Fälligkeit nur dann erklärt, wenn sie zugegangen ist nach Entstehung des Anspruches, aber zu einer Zeit als er noch auf eine künftige Leistung lautete. Der Einfachheit halber mag aber auch die vor Entstehung des Anspruches ausgesprochene Weigerung, Weigerung vor Fälligkeit heißen. Dieser Fall liegt nur vor bei der Erfüllungsweigerung während der Schwebe der Bedingung resp. des Laufens der den Anspruch befristenden Zeit.

[1]) Langheinecken a. a. O. S. 108/9.

B. Zweck und Sinn der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit.

§ 3.

I. Wie beim Abschlusse eines Vertrages, so sind auch während seiner Dauer beide Parteien auf die Ausnutzung jedes sich ihnen bietenden Vorteiles bedacht, und keiner von beiden würde es einfallen, absichtlich der Gegenseite Gelegenheit zu geben, auf eigene Kosten den Kontrakt zu einem lukrativen zu machen. In diesem Sinne ist es richtig, wenn Staub[1]) sagt, die Parteien seien einander feindlich gesinnt, seien im Kampfe und dächten nicht an ein Vereinbaren, Vergleichen.

Es ist aber möglich, daß ein Kontrahent eine Handlung vornimmt, in deren Sinn es liegt, sich selbst dadurch zu entlasten, daß der Gegner Spielraum gewinnt. Eine solche Handlung mag das Motiv einseitiger Interesseverfolgung haben; sie bietet aber auch dem andern Vertragsteil Vorteil, weil der Nichteintritt dieses Vorteils auf der Gegenseite denjenigen Nachteil auf der eigenen hervorbringen würde, der gerade durch diese Handlung vermieden werden soll. Sie bedeutet also zwar nicht eine Verfolgung, sie bedeutet aber die *Wahrung* des gegnerischen Interesses. Dieser Erfolg kann wider Willen eintreten. Das Recht aber fordert auch einen darauf gerichteten Willen; welches Erfordernis z. B. in dem Institute einer synallagmatischen Verbindung gegenseitiger Rechte zu tiefem Ausdrucke gelangt ist.

Der Unterschied zwischen Interesseverfolgung und Interessewahrung ist wohl zu beachten. Er zeigt sich darin, daß die bloße Wahrung im Gegensatze zur Verfolgung nicht die Hintansetzung des eigenen Interesses verlangt, sondern ihre Grenze findet in der gleichen Wertung beider Interessen. Dieser Grundsatz hat die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts schon früh zur Anerkennung eines vorzeitigen Deckungsgeschäftes gebracht, soweit dieses geeignet ist das beiderseitige Interesse zu wahren, d. h. eine Minderung des Schadens auf der einen, der Ersatzhöhe auf der anderen Seite herbeizuführen.

[1]) Pos. Vertragsvltz. S. 151.

So diffizile Abgrenzungen wie die der erforderlichen Wahrung fremder Interessen von der nicht mehr erforderten können dem strikten Rechte nicht überlassen bleiben. Ihre nähere Bestimmung ist daher nicht Sache des Gesetzes, sondern Sache der Verkehrssitte, die sowohl Treue wie Glauben bemißt. Sache des Gesetzes ist es nur, diesen Faktor als Maßstab für den jeweiligen Inhalt der Pflicht einzusetzen.

Die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit ist nun eine Erklärung, welche den Zweck gegnerischer Interessewahrung verfolgt und zu einer derartigen Funktion ausserordentlich geeignet ist.

II. Doch ist hier zu scheiden:

1) Der Schuldner macht vorzeitig Anzeige von der eingetretenen oder eintretenden Unmöglichkeit.

a. Ist die Leistung fungibel und behauptet der Schuldner bloß Unvermögen, so gibt er seine Erklärung nicht ab mit dem alleinigen Zwecke, dem Gläubiger einen Liebesdienst zu erweisen. Er weiß ja: wenn er durch sie dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, sich anderweit nach einer ihm passenden Erfüllung umzusehen, so kann er dadurch die Höhe des Schadens, den der Gläubiger durch verschuldete Nichterfüllung haben würde und damit den Umfang seiner Ersatzpflicht um ein beträchtliches vermindern. Der Schuldner notifiziert also vorzeitig, um sich dem Ersatze des eventuellen Schadens wegen Nichterfüllung tunlichst zu überheben, er erreicht aber gleichzeitig, daß das Interesse des Gläubigers an der realen Erfüllung gewahrt werden kann, wenn auch nicht immer, daß es auch tatsächlich seinen Wünschen entsprechend befriedigt wird.[1]) So hofft also der Schuldner selbst, der Gläubiger werde günstiger stehen, als er es im Falle unangekündigter Nichterfüllung am Stichtage tun würde.

b. Ist die Leistung zwar fungibel, aber sieht sich der Schuldner gezwungen, deren objektive Unmöglichkeit anzuzeigen, so kann das Interesse an rechtzeitiger Deckung nicht gewahrt werden, weil es eine Deckung nicht mehr gibt (vgl. 2 b).

[1]) Das ist ihm aber dann gleichgültig, wenn daraus ein Schaden nicht erwächst.

c. Die Leistung ist infungibel. Hier hat auch die Anzeige vom bloßen Unvermögen nicht mehr die Aufgabe, das Interesse am Zweck des Vertrages zu wahren, weil der Schuldner der einzige war, der es verfolgen konnte, weil es infolgedessen anderweite Erfüllung nicht gibt (vgl. 2 b).

2) Der Schuldner sagt sich vom Vertrage los. In diesen Fällen geht der Schuldner garnicht von einer Vertragsbasis aus. Es kann ihm also nicht beifallen, einen Schaden, den er etwa zu tragen hätte, mindern zu wollen, denn er leugnet ja gerade das Vorhandensein irgend eines Grundes, der ihn zum Schadensersatz verpflichten könnte. Wenn nun unter solchen Umständen der Schuldner, der sich selbst nicht für einen solchen hält, von sich hören läßt, bevor der Gläubiger sich wegen der Leistung an ihn wendet, so muß er dazu zwar einen besonderen Anlaß haben. Dieser Anlaß liegt aber nicht in einem Streben nach eigener Entlastung, sondern in einer bloßen Zuvorkommenheit gegenüber dem Gläubiger.[1]) Der Schuldner wünscht hier nur, dem Gläubiger Klarheit zu schaffen über seine Stellung zu ihm, er will sich ihm als Nichtschuldner präsentieren, um ihm freie Bahn für die Zukunft zu verschaffen.

Diese freie Bahn kann der Gläubiger in verschiedener Weise ausnutzen.

a. Ist die Leistung fungibel, so wird er sich nach anderweiter Erfüllung umsehen.

b. Wenn bei fungibeln Leistungen die Wahrung des Interesses darin besteht, daß der Gläubiger in den Stand gesetzt wird, sein Interesse an der Erfüllung durch reale Leistung des Vertragsobjektes weiter zu verfolgen, so schaltet die Weigerungserklärung bei Verträgen über infungibele Leistungen in der Bedeutung einer Wahrung desjenigen Interesses aus, das auf reale Leistung geht. Denn dies Interesse vermag nicht gewahrt, es vermag nur verfolgt zu werden, und zwar nur von dem Schuldner selbst. Bei infungibelen Leistungen hat indessen damit die zeitige Anzeige von der bevorstehenden Nichterfüllung nicht jede Bedeutung verloren, auch in der Richtung der Interessewahrung nicht. Der Gläubiger beispielsweise, der sich anderweit zur Lieferung der schuldnerischen Leistung gebunden hat, kann lebhaft daran interessiert sein, sich mit seinem

[1]) vgl. S. 70 bb. dieser Arbeit.

Gläubiger rechtzeitig zu arrangieren, der Gläubiger, der beabsichtigt, die Leistung seines Schuldners mit Gewinn unterzubringen, kann rechtzeitig vom Abschluß eines auf anfänglich unmögliche Leistung gerichteten Vertrages ferngehalten werden. Bei infungibelen Leistungen liegt also das Interesse des Gläubigers, das noch gewahrt werden kann, darin, möglichst geringem Schaden ausgesetzt zu sein, um möglichst geringe Außenstände seines Vermögens zu buchen.

Das gleiche muß gelten für die Anzeige von der mit Sicherheit zu erwartenden oder bereits eingetretenen objektiven Unmöglichkeit der fungibelen Leistung. Denn auch hier ist eine weitere Erfüllungsbemühung des Gläubigers ausgeschlossen, auch hier beschränkt sich das Interesse auf die bloße Minderung des Schadens.

III. Freilich muß zugestanden werden, daß neben den geschilderten Normalfällen auch andere denkbar sind, und hier und da auch vorkommen mögen. Fälle, in denen es dem Schuldner nicht darum zu tun ist, sich von einer eventuellen Schadenshaftung zu befreien oder die Realisierung des fortbestehenden Erfüllungsinteresses durch baldige Anzeige von der zu erwartenden Nichterfüllung seinerseits möglichst zu unterstützen, Fälle, in denen von der Absicht einer Zuvorkommenheit auf der Schuldnerseite nicht die Rede sein kann, in denen der Schuldner vielmehr dem Gläubiger einen Streich spielen, ihn in Verlegenheit setzen möchte. Geht die Absicht des Schuldners *darauf,* so muß man sagen, er hat sich arg im Mittel vergriffen; seinen Zweck hätte er eher und gründlicher erreicht, wenn er bis zum vereinbarten Leistungstermin zugewartet und vorher nichts hätte von sich hören lassen.

Daraus erhellt, daß es auf das Motiv der Anzeige nicht im geringsten ankommt, daß vielmehr der Erfolg einer Interessewahrung zugunsten des Gläubigers an die Weigerungserklärung geknüpft bleibt, mag auch das Gegenteil bezweckt worden sein.

Diese Gleichgültigkeit des Erfolges gegenüber dem Zwecke seiner Verursachung drückt der Erfüllungsweigerung ihre Eigenart auf. Sie bedeutet, daß den Gläubiger, der im Einzelfall vom Schuldner gewollte Zweck der Erklärung nicht tangieren kann, daß er sie im Gegenteil bloß mit Rücksicht auf ihren tatsächlichen Erfolg auf seiner Seite zu werten braucht: als

eine Verbesserung seiner Position gegenüber der Möglichkeit, seine Interessen durchzusetzen. Als eine solche mag er die Erklärung darum auch *ver*werten. Aus ihr als einer solchen mag er seine Konsequenzen ziehen. Dabei kann er aber des Einverständnisses mit dem Schuldner entraten.[1]) Er mag ein Einverständnis als der Anzeige zugrunde liegend annehmen, weil er den Schuldner für einen ordentlichen, mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vertrauten halten und die Anzeige als Ausfluß dieser Eigenschaften ansehen darf — ob im Einzelfall diese Unterstellung richtig ist, ob nicht vielmehr gerade *dieser* Schuldner der böswillige ist, von dem wir oben sprachen, kann ihn nicht kümmern. Den Sinn einer Erklärung bestimmt nicht der Urheber, den Sinn bestimmt der Verkehr. Dieser aber hält sich an den Erfolg, nicht an den Willen. Er macht das Motiv bedeutungslos. Er erhebt die Erklärung zum Ausdrucke eines typischen Willens, ohne zu fragen, ob im Einzelfalle der Wille dem Typus entspricht. So rechtfertigt es sich, daß der Schuldner eine Wahrung des Gläubigerinteresses auch wider Willen herbeiführen kann. Hier gilt — was Jacobi[2]) für die Ausstellung von Inhaberpapieren und Schecks in Anspruch nimmt — hier gilt die Erklärungstheorie insofern, als der Erklärende sich nicht darauf berufen kann, daß er mit seiner Erklärung garnicht das Interesse des Gläubigers habe wahren wollen.

IV. Liegt nun in der Anzeige der Nichterfüllung die Wahrung des Gläubigerinteresses, so muß sie zugleich die Gestattung enthalten, selbständig zur Verfolgung dieses Interesses überzugehen. Sie muß die Macht gewähren, entweder im Sinne des vom Gläubiger behaupteten Vertrages oder im Sinne eigener Schadensminderung — diese beiden Zwecke erweisen sich am Ende als identisch — tätig zu werden. Es ist sonach in der Anzeige von der Erfüllungsweigerung eine Art von *Ermächtigung* des Gläubigers zu suchen, die *Konsequenzen* aus der Stellungnahme des Schuldners zu seiner Leistungspflicht *im eigenen Interesse des Gläubigers zu ziehen.*

V. Der Inhalt der Weigerungserklärung wird aber durch diesen positiven Sinn nicht erschöpft. Er hat auch eine negative

[1]) Dies gegen Seuffert Arch. Bd. 57 Nr. 237.

[2]) Jacobi, Die Wertpapiere, S. 182 und Ztschr. f. d. ges. HR. Bd. 63 S. 98/99.

Seite, die allerdings nur solange selbständige Bedeutung hat, als die Weigerung noch widerruflich ist. Wenn nämlich von der noch bestehenden Widerruflichkeit Gebrauch gemacht wird entweder durch Realangebot, oder unmittelbar vor diesem durch Erklärung, so entfällt auf Seiten des Gläubigers dilatorisch die Pflicht zur Annahme der entgegen der ursprünglich erklärten Weigerung gemachten, als Vertragserfüllung und eventuell auch als Widerruf gedachten Leistung. Der Gläubiger braucht nicht sofort zur Entgegennahme bereit zu sein, weil er mit der Notwendigkeit von Vorbereitungen dazu nicht zu rechnen brauchte. Der Schuldner kann ihm deshalb die Erfüllung nicht aufdrängen. Er muß angemessene Zeit vorher den Widerruf seiner Weigerung erkennbar gemacht haben. *Unmittelbar* nach der Widerrufung, mag sie wörtlich oder durch Realangebot erfolgen, kann also Annahmeverzug des Gläubigers nicht begründet werden: *Wer seine Hilfe zur Erfüllung versagt, entbindet den andern Vertragsteil von der Mithilfe.*[1] [2])

C. Rechtsfolgen der Erfüllungsweigerung.

§ 4.

Bei der Erörterung der folgenden Sätze ist immer im Auge zu behalten, daß sie die freie und unbeschränkte Widerruflichkeit der Weigerungserklärung voraussetzen, weil sie den Inhalt der Rechtsfolgen bilden, die an die *widerrufliche* Weigerungserklärung geknüpft worden sind.

I.

In der Weigerung vor Fälligkeit kann ein *Verzicht auf Fristsetzung nicht* liegen.

A. Von der Entscheidung im 51. Bande S. 347 ab vertritt das Reichsgericht in ständiger[3]) Rechtsprechung den Standpunkt,

---

[1]) RG. Bd. 67 S. 317; Bd. 53 S. 13.

[2]) Alles Nähere gehört in den Abschnitt über die rechtliche Konstruktion (vgl. S. 46, 71 dieser Arbeit).

[3]) Die ständige Rechtsprechung, soweit sie sich zweifelsohne auf die Weigerung *vor* Fälligkeit bezieht, findet sich RG. Bd. 52 S. 151 (wenn der Verkäufer *bei Verfall* nicht leistet), Bd. 53 S. 13 (vor Fälligkeit der ersten Rate), Bd. 57 S. 106 (vor jeder Lieferung), Bd. 67 S. 317 (vor Fälligkeit der letzten Rate).

der Schuldner, der vor der Fälligkeit[1]) der Leistung die Erfüllung ernstlich weigere, gebe damit deutlich zu erkennen, daß er weder eine nach § 326 BGB. erforderte Frist zur Nachlieferung begehre, noch von einer solchen Gebrauch machen würde. Er verzichte daher auf die Fristsetzung, und dieser Verzicht werde von dem Gläubiger durch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches angenommen.

Diese sogen. Verzichtstheorie des Reichtsgerichts ist nicht ohne Gegner geblieben.[2]) Und es muß eingestanden werden, daß je eingehender ihre Betrachtung wird, umso mehr der Eindruck erhöht wird, daß es sich hier um eine Konstruktion handelt, die lediglich als Ausflucht vor Konsequenzen gelten kann, welche den Verkehr „mit einem ihm unverständlichen Formalismus belasten würden", um eine Konstruktion, die es auf der Stirn geschrieben trägt, daß sie geschaffen worden ist, um „zwecklose und überflüssige Handlungen", wie das Reichsgericht sagt,[3]) um „Farcen", wie sich das Oberlandesgericht Hamburg[4]) drastischer ausdrückt, zu vermeiden.

B. Unter der Herrschaft des alten HGB. war das bei vorzeitiger Weigerung vom Verkehr gebieterisch geforderte Resultat einer Umwandlung des Erfüllungs- in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung *ohne* Fristsetzung einfacher zu erreichen, als nach Inkrafttreten des BGB. Einer Verzichtstheorie bedurfte es dort nicht.

Die Art. 355 und 356 des alten HGB. räumten dem Gläubiger gegenüber dem in Verzug befindlichen Schuldner aus gegenseitigem Vertrage eine gleiche Wahl ein wie der § 326 BGB. in Verbindung mit § 286 heutzutage: Der Gläubiger konnte entweder auf Erfüllung beharren und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern, oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung, oder er konnte „von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen worden wäre." Wollte aber ein Kontrahent statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem

[1]) Daß die zit. Entscheidung sich auf eine Weigerung *vor* Fälligkeit bezieht, geht zweifellos aus den Worten auf S. 349 hervor, daß „von vornherein bestritten worden sei", das Rechtsgeschäft wäre rechtsverbindlich.

[2]) Planck zu § 326 Nr. 2 d; Rehbein II S. 198 Nr. 30.

[3]) RG. Bd. 51 S. 347.

[4]) H. G. Z. 1907 Nr. 36 S. 92 Hbl.

Vertrage abgehen, so mußte er dies dem andern anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäftes es zuließ, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

Nach dem alten HGB. entstand das dreigestaltige Wahlrecht,[1]) also unmittelbar *durch den Verzug*. Nur war die Ausübung des Rechtes, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten, geknüpft an die Bedingung vorheriger Anzeige und evtl. auch an die Setzung und den Ablauf einer den Umständen angemessenen und ohne Nachholung der Erfüllung verstrichenen Frist. Der Anspruch war also vom Gesetze zu einem bedingt wirksamen gestaltet. Entgegen Niedner[2]) muß behauptet werden, daß der Anspruch nicht ein gesetzlich bedingter war. Denn nicht seine *Entstehung* war hinausgeschoben, sondern bloß seine Wirksamkeit, seine *Fälligkeit*. Daß Niedner von einem bedingten Anspruche redet, setzt ihn übrigens nicht sachlich, sondern bloß in der Terminologie in Widerspruch zu uns.

C. Die Entstehungsgeschichte des § 326 BGB. läßt sich nun so darstellen, als ob in diesem Paragraphen der alte Art. 356 fortleben sollte, und auch so, daß er bewußt anders gemeint ist, als sein Vorbild. Niedner[3]) tritt dafür ein, daß die Gleichheit der rechtlichen Konstruktion gewollt sei und stützt sich vor allem auf die in den Protokollen[4]) enthaltene Bemerkung, daß „Einigkeit herrschte darüber, daß die beiden Fassungen sachlich dasselbe bedeuten". Staub[5]) wendet sich gegen Niedner; er meint, damit, daß man die Fassung gewählt habe, die „sich in der Einzelausführung anderen Vorschriften des BGB. anpaßte", habe man den Geist des BGB. und nicht den des alten HGB. für die Auffassung entscheidend sein lassen wollen. Dieser aber schließt erst nach fruchtlosem Ablaufe der *erforderlichen* Frist den Anspruch auf Erfüllung aus und bringt erst mit diesem Moment den Anspruch auf Schadensersatz hervor.

Entscheidend für die Auslegung des BGB. § 326 kann seine Entstehung nicht sein, weil sein Wortlaut zu klar ist, als

[1]) ROHG. Bd. 15 S. 360.
[2]) D. J. Z. 1901 S. 443 ff.
[3]) a. a. O.
[4]) Prot. II. S. 1299.
[5]) D. J. Z. 1901 S. 478.

daß es nötig wäre, den gesetzgeberischen Willen erst aus seinen vorbereitenden Aeußerungen zu entziffern. Freilich ist diese Klarheit doch nicht so hervorstechend, daß nur eine einzige Meinung möglich ist. Von Niedner abgesehen, der seine Ansicht eben aus der Entstehungsgeschichte gewinnt, sind Schollmeyer[1]) und auch Hellwig[2]) der Meinung, auch nach § 326 schaffe bereits der Verzug das Recht, zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt zu wählen, das ergebnislose Verstreichen der Frist bedinge nur dessen Wirksamkeit. Demgegenüber betont Erler[3]) im Sinne Staubs, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst beansprucht werden könne, wenn die Erfüllung als der wirtschaftliche Vertragszweck ausscheide. Erler hält also die Existenz des Schadensersatzanspruches *neben* dem Anspruch auf Erfüllung für mit dem Gesetze unvereinbar. Dieser Meinung schließen wir uns an und sagen mit dem OLG. Breslau;[4]) Erst wenn der Anspruch auf Erfüllung . . . . . ausgeschaltet ist, wird der vorher nur bedingt vorhandene Anspruch auf Rücktritt oder Schadensersatz unbedingt.[5])

Somit enthält das alte HGB. Art. 356 einen bedingt wirksamen, enthält BGB. § 326 einen bedingten Anspruch.

D. Auch folgendes muß noch berücksichtigt werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts[6]) waren die Worte des Art. 356: So muß er . . . . noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten *gewähren,* dahin auszulegen, daß diese Nachfrist nur auf Verlangen des Schuldners eingeräumt werden mußte. Hatte nun der Schuldner die Erfüllung bestimmt geweigert, so war ohne weiteres klar, daß er neben der Weigerung ein Verlangen nach einer Nachfrist nicht stellen konnte. Er hatte in der Erfüllungsweigerung zum Ausdruck gebracht, daß er dies Verlangen nicht hege und konnte von dieser Erklärung nicht abgehen. So stand dem wünschenswerten Ergebnisse, das bei vorzeitiger Weigerung von einer Fristsetzung abzusehen war,

[1]) Kommentar § 250 Note 3 S. 30, § 326 Note 3 S. 211 ff.
[2]) Anspruch und Klagrecht, S. 103, 111.
[3]) Das Recht, 1901 S. 421 ff.
[4]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 14 Nr. a.
[5]) So auch Langheinecken a. a. O. S. 84 ff., 202.
[6]) ROHG. Bd. 7 S. 338, Bd. 8 S. 129, Bd. 13 S. 104, 105, Bd. 15 S. 360.

während der Herrschaft des alten HGB. ein rechtliches Bedenken nicht entgegen.[1])

E. Ganz anders vom Beginne der Wirksamkeit des BGB. an.

1. Zwar hatte die Denkschrift zum HGB.[2]) der Rechtsprechung nach neuem Rechte einen deutlichen Wink gegeben, wenn sie aussprach: In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß wenn sich der Schuldner bestimmt geweigert hat, zu erfüllen, der Gläubiger die im Art. 356 vorgesehene Erklärung schon vor dem Eintritte der Erfüllungszeit abgeben kann und daß in einem solchen Falle dem Schuldner auch eine Nachfrist nicht zusteht. Diese Auffassung entspricht der Natur der Sache sowie den Bedürfnissen des Handelsverkehrs; es ist anzunehmen, daß sie unter der Herrschaft des BGB., welches in der hier fraglichen Beziehung nichts wesentlich anderes vorschreibt als das HGB. gleichfalls befolgt werden wird.

Wie aber die letzten Worte erkennen lassen, ging die Denkschrift von der Voraussetzung aus, daß das BGB. in der fraglichen Richtung nichts wesentlich anderes vorschreibt. Während wir bereits gesehen haben, daß es doch etwas anderes vorschreibt, von dem wir nunmehr erfahren müssen, ob es etwas in der fraglichen Richtung *wesentlich* anderes ist.

a. Bald nach Inkrafttreten des BGB. knüpfte die Rechtsprechung an den Unterschied der Fassung des Art. 356, der von Frist*gewährung* spricht, von der Fassung des § 326 BGB., der von Frist*bestimmung* redet, Folgerungen für die verschiedene Natur der Frist. „Gewähren" läßt sich, führte das Landgericht Magdeburg aus,[3]) als „belassen" verstehen, nicht aber „bestimmen". Das Wort „bestimmen" deutet darauf hin, daß nach § 326 „nach dem klaren Wortlaute und dem Zwecke der Gesetzesvorschrift die Frist schlechthin unentbehrlich ist." Die Frist ist eben Bedingung für das Wahlrecht. Tritt diese Bedingung nicht ein, so tritt auch das Wahlrecht nicht ein. Nach dem alten HGB. dagegen braucht das Wahlrecht nicht erst zu entstehen, es ist bereits entstanden.

Freilich hat es auch nicht an einem Vertreter der Ansicht gefehlt, daß aus den Ausdrücken „gewähren" und „bestimmen"

[1]) Vgl. bes. ROHG. Bd. 8 S. 129.
[2]) Denkschrift S. 221.
[3]) Das Recht 1901 S. 538 Nr. 2180.

nichts darüber gefolgert werden könne, ob bei Erfüllungsweigerung eine Frist erforderlich sei.[1])

Es ist wohl nicht in Abrede zu stellen, daß durch die Ersetzung von „gewähren“ durch „bestimmen“ die Verschiedenheit des Fristcharakters als einerseits die bloße Wirksamkeit nach dem Verlangen des Schuldners hemmend, andererseits die Entstehung des Wahlrechtes unabhängig vom schuldnerischen Verlangen hinausschiebend gekennzeichnet ist. Ebenso wenig aber ist zu leugnen, daß durch die Wahl des Ausdrucks „bestimmen“ die Frist nicht zu einer schlechthin unentbehrlichen gemacht sein kann. Ob von ihr unter Umständen abzusehen ist, läßt sich daher aus dem behandelten *Wort*unterschiede nicht ableiten.

b. Ebenso wenig kann aus der Natur des Wahlrechts nach § 326 als eines durch fruchtlosen Fristablauf in seiner Entstehung bedingten im Gegensatze zu der Natur des Wahlrechtes nach HGB. Art. 356 als eines bedingt wirksamen geschlossen werden, daß zwar die *Fälligkeit* der Vorverlegung auf den Zeitpunkt des Verzugseintritts fähig ist, daß dagegen die *Entstehung* des Rechts auf diesen Termin nicht zurückgeschoben werden kann.

c. Die einzige Frage von Belang ist vielmehr die: Ist nach § 326 BGB. die Entstehung des Wahlrechts ebenso in das Belieben des Schuldners gestellt, wie Art. 356 HGB. anerkanntermaßen dessen Fälligkeitszeitpunkt in das Belieben des Schuldners stellte?

Für die Beantwortung dieser Frage spielt die ratio der Frist eine große Rolle. Ihr möge daher eine Betrachtung gewidmet sein.

Es ist schon auf S. 19, V. erwähnt worden, daß nach heutigem Rechte der ergebnislose Ablauf der den Gläubigeranspruch betagenden Frist nicht ohne weiteres den Erfüllungsanspruch des Gläubigers und seine Annahmepflicht hinwegräumt, daß vielmehr eine nachträgliche Leistung noch als Erfüllung angenommen werden muß.

In dieser Hinsicht ergibt ein Vergleich der schuldnerischen Stellung beim gegenseitigen Vertrage mit der Stellung des Schuldners aus einem einseitigen Vertrage, daß bei diesem der

[1]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 16 sub bβ. (Kammergericht).

Schuldner leisten kann, bis Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung gelten lassen. Bei jenem hingegen hat es der Gläubiger in seiner Hand, Treu und Glauben nach seinem eigenen Interessemaßstabe zu bemessen, wofern nur dieser Maßstab dem Schuldner die ihm bestimmte Frist so wählt, daß sie für ihn überhaupt Wert haben kann. Mit anderen Worten ausgedrückt: Beim einseitigen Vertrage bestimmt Treu und Glauben nicht nur das *Mindestmaß*, sondern auch das *Höchstmaß* der Nachfrist, beim gegenseitigen Vertrage dagegen nur das Mindestmaß. Das Höchstmaß bestimmt hier der Gläubiger. Er kann hier also selbstherrlich seine Annahmepflicht beschränken. Daß darin eine Benachteiligung des Schuldners aus gegenseitigem Vertrage liegt, wird umso deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, daß, soweit nicht der Gläubiger, sondern Treu und Glauben das Höchstmaß der Frist festlegen, diese auf das Interesse des Gläubigers am Zwecke des Vertrages Rücksicht nehmen werden. Und zwar so, daß die Leistung meist wohl nur dann nicht mehr als Erfüllung wird angesehen werden, wenn dieses Interesse abgestorben ist. Beim gegenseitigen Vertrage hingegen tritt der Zweck der Begrenzung einer nachträglichen Erfüllungsmöglichkeit gerade dann besonders hervor, wenn diese Grenze mit dem Ablauf der Frist erreicht wird, *bevor* das Interesse des treuen Teiles am Vertragszwecke dahingeschwunden ist.

Soweit nämlich fungibele mögliche Leistungen in Betracht kommen, ist zwischen dem Interesse an *diesem* Vertrage, nennen wir es kurz das subjektive Interesse, und dem Interesse am Vertrage überhaupt, dem objektiven Interesse, zu scheiden. Das subjektive ist das Interesse an der Tauglichkeit des Mittels, das objektive das Interesse an der Erreichung des Zwecks. Jenes kann erlöschen, bevor dieses erlischt; und zwar tritt dieser Fall dann ein, wenn einerseits das Mittel sich als untauglich erweist, andererseits andere Mittel, die tauglicher sind, existieren und das Interesse am Erfolge fortdauert. Das Interesse an *diesem* Mittel wird dann ersetzt durch das Interesse an der Auswechslung des untauglichen Mittels mit einem tauglichen.

Soweit es sich dagegen um infungibele Leistungen handelt, besteht der erwähnte Unterschied nicht. Insoweit ist ja das

gewählte Mittel das einzige, das zur Erreichung des Zweckes führen kann.

Hier wie bei den fungibelen Leistungen ist es aber möglich, daß der Zweck in so inniger Verbindung mit der Zeit seiner Verwirklichung steht, daß der fruchtlose Ablauf der Zeit der Verfehlung des Zweckes gleich zu achten ist. Nimmt der Inhalt des Vertrages auf diese eigentümliche Konstellation Rücksicht, so sprechen wir von einem Fixgeschäft. Dessen Eigentümlichkeit besteht darin, daß der Gläubiger nach Verstreichen des Leistungstermins nicht mehr gehalten ist, eine zum Zwecke der Erfüllung gemachte Leistung als solche anzunehmen. Ist aber die zeitliche Begrenzung des Interesses an der Erfüllung zwar nicht rechtlich dadurch zum Ausdruck gekommen, daß die Einhaltung der Lieferzeit zum essentiale negotii gemacht worden ist, ergibt aber die tatsächliche Lage des Gläubigers, daß er nur an der Lieferung zum bestimmten Termin ein Interesse hat, so ist es geboten, ihn dem Gläubiger aus einem Fixgeschäft gleich zu behandeln. Darum bestimmt BGB. § 326 Abs. 2: Der Gläubiger, der sein Interesse daran nachweist, mag sein Rechtsgeschäft wie ein Fixgeschäft behandeln.

Spricht § 326 von dem Interesse am Vertrage, so kann es damit also nur das objektive Interesse meinen, das Interesse am Zwecke des Vertrages.[1])

In solchen Fällen ist also ein Unterschied zwischen fungibelen und infungibelen Leistungen nicht zu machen.

Wohl aber tritt dieser Unterschied wieder hervor, wenn das Zweckinteresse den Leistungstermin überdauert. Bei infungibelen Leistungen mag das Interesse daran, von dem fortdauernden Bereithalten der Gegenleistung befreit zu werden, das Interesse an der endlichen Erreichung des Zweckes stark beeinträchtigen,[2]) es mag der Fortfall des Zweckinteresses zwar eingetreten, aber unbeweisbar sein — es hat hier also die Bestimmung des BGB. § 326 Abs. 1 die Funktion eines Mittels, den Erfüllungsanspruch und damit die Gegenleistungspflicht

[1]) Das wird verkannt von Silber, Jher. Jahrb. Bd. 50 S. 208 u. 210, bereits gerügt von Brecht a. a. O. S. 264.

[2]) Daß es das Zweckinteresse vollständig vereitelt, behauptet Romeick, a. a. O. S. 93. Seine Ausdrucksweise ist aber wohl trotz Spezialisierung auf einen einzelnen Fall zu allgemein.

hinwegzuräumen[1]) ohne daß ein Beweis des Wegfalles jeden objektiven Interesses erforderlich ist.

Wie nun bei fungibelen Leistungen?

Für diese bedeutet § 326 BGB., daß der Gläubiger sein fortdauerndes Interesse am Vertragszweck anderweit nicht verfolgen kann, ohne Gefahr zu laufen, nachträglicher Erfüllung des Säumigen ausgesetzt zu sein. Wenn nämlich der Gläubiger ein auf Deckung gerichtetes Geschäft vorgenommen hat, so erlischt dadurch lediglich das Interesse am ersten Vertrage, nicht auch das Zweckinteresse. Dies betätigt sich vielmehr gerade im Abschluß eines neuen Vertrages. § 326 BGB. Abs. 2 kann also nicht Anwendung finden. Deshalb dauert die Pflicht des Gläubigers fort, dem Säumigen gegenüber zur Annahme bereit zu sein und es liegt deshalb die Gefahr vor, daß der Gläubiger die Leistung doppelt angeschafft hat und dadurch in Schaden kommt. Diese Gefahr kann der Gläubiger zwar nach § 326 BGB. nicht ganz und gar ausschließen, er kann sie aber zeitlich begrenzen. Dazu dient ihm die Frist des § 326 BGB. Sie hat also auch hier den Zweck, den Erfüllungsanspruch hinwegzuräumen,[2]) nicht aber weil das objektive Interesse unbeweisbar geschwunden, nicht weil die Bereitschaft zur Gegenleistung allzu drückend ist, sondern, weil die Annahmepflicht die freie Bewegung auf das Ziel hin hemmt.

In allen Fällen dient sonach die Frist dazu, nachträglich das Geschäft mit bestimmtem oder bestimmbarem Liefertermin zu einem solchen mit ausschließlichem Liefertermin, also zu einem Fixgeschäft zu machen, dessen Stichtag der Zeitpunkt ist, an dem die angemessene Frist endet.

Niemals aber erscheint die Frist „als das Mittel, dem säumigen Schuldner noch einmal vor Augen zu führen, welch ernste Folgen seine Säumnis nach sich ziehen könnte".[3]) Warum in dieser Hinsicht der Schuldner aus gegenseitigem Vertrage mehr Rücksicht verdient als der bei einseitigem, ist mit dem ihm zustehenden und evtl. ihm verlorengehenden Rechte auf die Gegenleistung nicht hinreichend zu erklären.

---

[1]) Doch ist dies im Falle der Wahl des Schadensersatzes fraglich. Literatur bei Kisch, Jher. Jahrb. Bd. 44 S. 69 Anm. 2 u. 3.

[2]) Erler, Das Recht 1901 S. 421 ff.

[3]) Erler, a. a. O. in einem dies ebenfalls aber nicht für alle Fälle verneinenden Sinne.

Ist so der Sinn der Frist des § 326 BGB. aufzufassen, so ergibt sich, daß von einem Belieben des Schuldners, sie einseitig weg- oder hinzudisponieren, nicht die Rede sein kann. Der Schuldner nach altem HGB. konnte es, weil er das *Verlangen* stellen konnte, zur Nachholung des Versäumten eine Frist gewährt zu erhalten. Der Schuldner nach BGB. kann es nicht.

Damit ist klar, daß das BGB. etwas *wesentlich* anderes vorschreibt, als im Art. 356 HGB. enthalten war.

2. Das hat auch das Reichsgericht wohl erkannt. Und diese Erkenntnis im Vereine mit der Einsicht, daß auf irgend eine Weise bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung die Frist beseitigt werden muß, hat es wohl zur Konstruktion eines Verzichtes auf die Frist, d. h. zu ihrer *vertraglichen* Behebung gedrängt.

a. Die Möglichkeit, in der Erfüllungsweigerung einen solchen Verzicht zu finden, setzt aber voraus, daß man den § 326 BGB. für wenigstens in dem Sinne dispositiver Natur hält, daß seine Voraussetzungen, wenn nicht durch einseitige Erklärung, so doch durch Vertrag abänderbar sind.

Weder das „kann“ im Abs. 1 darf im Sinne der Dispositionsfähigkeit der Parteien, noch das „bedarf“ im Abs. 2 als gegen sie sprechend herangezogen werden.

Entscheidend kann vielmehr nur sein, ob Abs. 2 exemplifikativ [1]) oder exklusiv [2]) gemeint ist. Antwort auf diese Frage kann nur die gefundene ratio der Fristsetzung geben. Ist die Frist ein Mittel zur Umwandlung des Erfüllungsanspruches in einen Schadensersatzanspruch, ein Mittel aus einem bloßen Termin- ein Fixgeschäft auf späteres Datum zu machen, ein Mittel schließlich, den Beweis des Interessefortfalls zu sparen, und ein Mittel, die Gefahr doppelter Anschaffung zu beschränken, so liegt kein Grund vor, warum eine Parteivereinbarung nicht zu Wege bringen sollte, ohne den Umweg über die Frist

den Erfüllungsanspruch für ersetzt durch den Schadensersatzanspruch zu erklären,

---

[1]) Exemplifikativ: Das Reichsgericht, Lehmann, Archiv f. d civ. Prax. Bd. 96 S. 113. Planck zu § 326 Nr. 2 d, Staudinger zu § 326 Nr. 4 d.

[2]) Exklusiv: Staub, Pos. Vertragsverletzungen S. 50, ders. D. J. Z. 1901 S. 478; Erler a. a. O. Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 9; Rehbein a. a. O.; Endemann D. J. Z. 1903 S. 161; Hangen, D. J. Z. 1903 S. 49 ff.; Brückmann D. J. Z. 1902 S. 220.

den fixen Termin auf den ursprünglichen Lieferungstermin zu verlegen,

den Gläubiger des Beweises, daß das Interesse fortgefallen sei, ganz zu überheben, also anzuerkennen, daß es fortgefallen ist,

die Gefahr einer Doppelanschaffung überhaupt gänzlich zu beseitigen.

Welchen Sinn man der Fristsetzung auch unterschiebt, immer erscheint sie als eine Bedingung, von der eine Parteivereinbarung den durch sie Beeinträchtigten befreien kann. Eine Entstehung eines Anspruchs zu begründen, ist ja der regelmäßige Sinn eines Vertrages.

b. Ob aber in der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit eine auf Vertrag beruhende Abänderung der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches oder der Rücktrittsbefugnis liegen kann, ist eine Frage für sich. Um sie zu lösen, genügt es nicht, auf die an den Anfang der Arbeit gestellte Definition der Weigerung vor Fälligkeit als einer vorzeitigen Erklärung der *Tatsache*, daß nicht geliefert werde, zurückzugehen; sondern, weil der Verzicht auf die Frist einen Vertrag, der Vertrag aber einen auf dessen Inhalt gerichteten übereinstimmenden Willen der Parteien fordert, ist auch auf das *Motiv* der Weigerung zurückzugehen. Dies muß so geartet sein, daß aus ihm ein stillschweigender Vertragswille, auf das Fristerfordernis zu verzichten, entnommen werden kann. Das Motiv aber ist:

aa. nicht erfüllen können,

bb. lossagen von diesem Vertrage oder vom Vertrage überhaupt.

Zu aa. Für den Fall des Nichterfüllenkönnens ist in den Entscheidungen des Reichsgerichts die Verzichtstheorie nicht zur Anwendung gelangt[1]) und es kann für sicher gelten, daß das Reichsgericht für diesen Fall die Verzichtstheorie niemals hätte erfinden oder anwenden können, denn die Ernstlichkeit der Erklärung vorausgesetzt, vorausgesetzt also, daß der Gläubiger die Erklärung in der richtigen Ueberzeugung abgibt, die Leistung werde nicht noch nachträglich möglich werden,

[1]) Die einzigen Fälle der Erfüllungsweigerung wegen Unmöglichkeit, die mir bekannt geworden sind, finden sich bei Bolze IV Nr. 726 und ROHG. Bd. 5 S. 107 (teilweise Unmöglichkeit).

würde sie ja um deswillen nicht einen Verzicht auf Fristsetzung bedeuten können, weil nicht § 326 BGB., sondern § 325 Anwendung finden würde; und dieser Paragraph kennt bekanntlich eine Frist überhaupt nicht.

Zu bb. Bei Planck[1]) findet sich folgende treffende Bemerkung: An einen solchen Verzicht kann der Schuldner garnicht denken, wenn seine Weigerung, wie dies regelmäßig der Fall sein wird, darauf beruht, daß er seine Verpflichtung zur Leistung überhaupt nicht anerkennt.

In der Tat. Derjenige Schuldner, der in dem Glauben lebt und den Glauben äußert, daß der sich als Gläubiger gerierende in Wahrheit überhaupt nicht Gläubiger ist oder doch wenigstens — und insoweit muß Plancks Äußerung erstreckt werden — nicht Gläubiger der von ihm beanspruchten Leistung, wird sicherlich nicht den Willen haben, den Pseudogläubiger noch günstiger zu stellen, als er als Gläubiger stehen würde. Er hat keinen Grund, ihm die Umwandlung des Erfüllungs- in den Ersatzanspruch zu erleichtern, weil er weder einen Erfüllungsanspruch noch einen Ersatzanspruch anerkennen will, keinen Grund, eine Lieferung fix zu machen, die er überhaupt nicht zu schulden meint, keinen Grund, den Beweis des Interessefortfalls in Wegfall zu bringen, weil er jedes durch ihn vermittelte Interesse leugnet, und er hat schließlich auch keinen Grund, die Gefahr einer Doppelanschaffung zu beseitigen, die nach seiner Ansicht nie bestanden hat.[2])

Will aber das Reichsgericht „natürlich nur sagen, daß der Schuldner, der ein für alle Mal erklärt, dem Vertrage seine Anerkennung zu versagen, damit implicite auf weitere Rücksichtnahme und Anregung im Sinne nochmaliger Aufforderung zur Vertragstreue und dergl. keinen Wert lege, ja daß er durch sein Verhalten dahingehende Maßregeln des anderen Teiles zur bloßen Formalität mache,“[3]) dann braucht es nicht den Apparat der Verzichtstheorie dazu, dann bedarf es nicht einer umständlichen Konstruktion der Annahme des auf Verzicht gehenden Schuldnerantrages durch Ausübung des Wahlrechtes. Dann geht es von einer Bedeutung der Fristsetzung aus, die sie im

[1]) Kommentar zu § 326 Nr. 2 d.

[2]) Entsprechendes für den Fall der Verneinung *dieses* Inhaltes des Vertrages.

[3]) OLG. Hamburg, H. G. Z. 1907 Nr. 36 S. 92 Hbl.

alten HGB. gehabt hat und kehrt damit zu der einfacheren Konstruktion eines in der Erfüllungsweigerung liegenden Verneinens jeglichen Fristverlangens zurück. Das aber ist nach BGB., wie wir gesehen haben, schlechterdings unmöglich.

Es muß dabei bleiben: Das Reichsgericht gründet die Notwendigkeit des Fristfortfalles auf „einen künstlich konstruierten Vertrag, bei dem dem Vertragsgegner Verzichtserklärungen in den Mund gelegt werden, an die er garnicht gedacht hat".[1])

Die Widerruflichkeit der Weigerung vorausgesetzt, hat also diejenige Meinung recht, die die Setzung der Frist auch bei vorzeitiger Weigerung der Erfüllung für erforderlich hält.[2])

Daß mit dem Fortfalle der Frist auch die Androhung fallen muß, der Gläubiger lehne die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ab, ist selbstverständlich. Das Reichsgericht hätte daher nicht der Einführung eines besonders hierauf gerichteten Verzichtes bedurft. Die Leistung auf einen bestimmten Termin fixieren, heißt ja nichts anderes als eine Leistung nur annehmen, wenn sie innerhalb der Lieferzeit gemacht ist, also sie ablehnen, wenn diese ergebnislos verstrichen ist. Das bedarf weiterer Ausführungen nicht.

II.

In der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit kann ein *Verzicht auf Mahnung nicht* liegen.

1. Die Ausführungen unter I 2 b, bb sind entsprechend anwendbar auf den Verzicht auf Mahnung. Auch er setzt einen in die Richtung auf einen solchen Verzicht weisenden Willen des Schuldners voraus, der aber

a. im Falle der Weigerung wegen Unmöglichkeit nicht vorhanden zu sein braucht, weil der Verzug und damit die Mahnung nicht eine Voraussetzung für die Umwandlung des Erfüllungsanspruches in einen Schadensersatzanspruch bildet,[3])

b. bei Lossagen des Schuldners vom Vertrage nicht vorhanden sein kann, weil das Fordern*dürfen* bestritten wird

[1]) Nach Flechtheim, Ztschr. f. d. ges. HR. Bd. 60 S. 132.

[2]) Vgl. die S. 42 Anm. 2 dieser Arbeit aufgeführte Literatur. Eine Sonderstellung, die für den kaufmännischen Verkehr richtig sein mag, nimmt Hangen a. a. O. ein.

[3]) BGB. § 325.

und daneben doch nicht ein Fordern*können*, noch dazu ohne Aeußerung des Gläubigers, er verlange sofortige Befriedigung, eingeräumt werden kann.

2. Es ist aber die Frage zu erwägen, ob nicht das Reichsgericht durch seine Konstruktion zum Zwecke der Fristersparung unnötigerweise dazu verleitet worden ist, diese Konstruktion auf den Fortfall der Mahnung auszudehnen. Unnötigerweise, weil auch ohne die Annahme eines Verzichtes die Mahnung in Wegfall kommen würde.

In dieser Hinsicht sind zwei Richtungen in der Literatur zu verfolgen.

aa. Einmal wird angenommen, der Schuldner gerate *durch* die Weigerung in Verzug, der Verzug trete also *mit* der Weigerung ein.[1]) Diese Meinung wird durch nichts besser als unrichtig gekennzeichnet als durch die Verweisung auf den Fall der Weigerung vor Fälligkeit. Warum die Weigerung einen Anspruch fällig machen sollte, dessen Durchführbarkeit bislang noch gehemmt ist und ohne Weigerung auch weiterhin gehemmt bleiben würde, läßt sich mit nichts erklären.[2]) Ohne Fälligkeit aber kein Verzug, ohne Fälligkeit keine Mahnung.

bb. Die andere Meinung geht dahin, der Schuldner gerate in Verzug, ohne daß es der Inverzugsetzung durch den Gläubiger bedürfe.[3]) Dieser Anschauung liegt das Prinzip zugrunde, daß des Schuldners Weigerung einer Tätigkeit zum Erfolge den Gläubiger von jeder weiteren Tätigkeit entbindet und den Schuldner allen Rechtskonsequenzen aussetze, ohne daß die gewöhnlichen Voraussetzungen für diese vom Gläubiger eingehalten zu werden brauchen. Es erscheint indessen zweifelhaft, ob das Gesetz diesen Grundsatz in vollem Umfange anerkennt. Soweit aus ihm die Möglichkeit abgeleitet werden soll, bloße Formalitäten zu vermeiden, um den Verkehr von

---

[1]) So Dernburg mit Beschränkung auf den kaufmännischen Verkehr II S. 165 Anm. 7.

So J. W. S. 28 Nr. 23; RG. Bd. 57 S. 106 ff. (mit der Behauptung, schon unter der Herrschaft des alten HGB. sei die Weigerung dem Verzuge gleichgestellt); D. J. Z. 1902 S. 68; Seuff. Arch. 57 Nr. 208. So auch die Vertreter der Theorie von den positiven Vertragsverletzungen.

[2]) So richtig, aber mit sich selbst im Widerspruch: Staub Exk. zu § 374 Anm. 26 und Paech a. a. O. S. 38.

[3]) Staub a. a. O. Anm. 51; Paech a. a. O. S. 81; RG. Bd. 7, S. 44.

praktisch bedeutungslosen Handlungen zu befreien, mag seine Herrschaft unangefochten bleiben. Über diese Grenze hinaus ist sein Gebiet nicht ausgedehnt. Der zur Rede stehende Fall scheint mir dann außerhalb seiner Sphäre zu liegen.

Gehen wir einmal auf den Sinn der Mahnung und die ratio des § 284 Abs. 2 BGB. zurück, so werden wir erkennen, daß die Mahnung, die gegenwärtige Geltendmachung des gegenwärtigen Anspruchs auf gegenwärtige Leistung,[1]) nur deswegen durch den Eintritt des Kalendertages ersetzt wird, weil in der genauen Vereinbarung des Termins genügend deutlich ausgedrückt ist, daß einerseits von dem Rechte fordern zu können, sofort mit dessen Entstehen Gebrauch gemacht werden wird, andererseits deswegen das Leistenmüssen des Schuldners schon mit dem Kalendertage einsetzt. Wenn nun auch prinzipiell § 284 Abs. 2 BGB. nicht exklusiv gedacht ist, so kann danach die Mahnung doch nur da fehlen, wo die Absicht sofortiger Geltendmachung des Anspruchs aus dem Sinne des Vertrages, d. h. als in Willensübereinstimmung der Parteien von beiden gewollt, ersichtlich ist. Daraus ergibt sich: Weil

einerseits das bloße Festhalten des Gläubigers am Vertrage gegenüber dem sich lossagenden Schuldner nicht den Willen enthält, sofort nach Fälligkeit vom Fordernkönnen Gebrauch zu machen, und

andererseits der Schuldner nicht zu sofort mit Fälligkeit begründetem Leistenmüssen sein Einverständnis gegeben hat, er vielmehr, wenn er weigert, auch die Leistungspflicht bestreitet,

so ist die Mahnung im gegebenen Falle der Weigerung vor Fälligkeit keine bloße Formalität; sondern sie ist *notwendig*, um den Schuldner vom Leistendürfen zum Leistenmüssen zu bringen. Sie ist also unentbehrlich.

Aus anderen Gründen ergibt sich freilich das Gegenteil. Wenn nämlich das Reichsgericht annimmt, in der Erfüllungsweigerung liege ein Verzicht auf die Fristsetzung, so macht es damit nachträglich, wie oben ausgeführt ist, die accidentelle Bestimmung der Lieferzeit zur essentiellen. Da

[1]) Daraus erhellt, wie wenig der Mahnung das wörtliche Angebot des § 295 BGB. entspricht, wie also alle Parallelen zwischen ihnen in Ansehung der rechtlichen Behandlung dieser Institute verfehlt sein müssen. Dagegen Paech a. a. O. S. 81.

auf diese Weise das Rechtsgeschäft zu einem Fixgeschäft wird, ist das Leistenmüssen sofort mit Fälligkeit begründet. Ist also die Zeit für die Leistung auch nicht nach dem Kalender bestimmt, aber bestimmbar und fix, so findet § 284 Abs. 2 kraft Gleichheit der diesen Fällen zugrunde liegenden ratio analoge Anwendung.

Für das Reichsgericht ergibt sich sonach der Satz: Der Verzicht auf die Frist involviert den Wegfall der Mahnung. Eines auf deren Beseitigung gerichteten Verzichtsvertrages bedarf es nicht.

III.

In der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit ist ein *Verzicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht* enthalten.[1])

Die sogen. Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist, wie wir bereits ausgeführt haben, nicht eine Einrede in materiell rechtlichem Sinne, sondern bedeutet die im Wege der prozessualen Einrede geltend zu machende inhaltliche Beschränkung des Anspruchs. Diese Beschränkung wird von dem synallagmatischen Verhältnisse zwischen Anspruch und Gegenanspruch hervorgerufen. Aus dieser Natur der Einrede folgt, daß sie nicht bloß objektiv Anspruch und Gegenanspruch als existent voraussetzt, sondern, daß ihr Geltendmachen ein *Anerkenntnis* von Anspruch und Gegenanspruch notwendig fordert. Wer eine bloß zeitweilige Modalität des Anspruches behauptet, muß sowohl den Anspruch, wie die Modalität behaupten. Er kann nicht Anspruch und Modalität zusammen leugnen, er kann aber auch nicht den Anspruch allein leugnen und die Modalität anerkennen.

a. Wer aber die Existenz des Vertrages verneint, verneint Anspruch und Gegenanspruch, ihm kann daher die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht zur Seite stehen. Hält er sein Leugnen aufrecht, so begibt er sich der Einrede. Will er die Einrede, so hebt er damit sein Leugnen auf. Einrede und Lossagen vom Vertrage überhaupt können nebeneinander nicht bestehen.

b. War die Existenz *dieser* Verpflichtung geleugnet, das Recht auf Gegenleistung aber aufrecht erhalten, so ist ebenfalls eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages unbegründet. Ein

[1]) So das Reichsgericht Bd. 57 S. 106 ff.

Anspruch, dessen Existenz geleugnet ist, kann nicht als bloß inhaltlich beschränkter aufrecht erhalten werden.[1]) Auch hier gibt es also nur eines von beiden: entweder Weigerung — dann ist für die Einrede kein Platz, oder die Einrede — dann ist eine vorher ausgesprochene Weigerung damit implicite aufgehoben.[2])

Die Frage, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch Verzicht beseitigt worden ist, wenn der Schuldner die Erfüllung weigert, ist also falsch gestellt. Es bedarf eines Verzichtes aus dem einfachen Grunde nicht, weil es einer Beseitigung nicht bedarf.

c. Was hier für die Weigerung im Sinne des Lossagens vom Vertrage ausgeführt ist, kann auf die Weigerung, im Sinne der Unmöglichkeitsankündigung nicht angewandt werden. Denn Anspruch und Gegenanspruch werden dann ja anerkannt. Die Einrede ist aber unter diesen Umständen nur denkbar als inhaltliche Beschränkung des Schadenersatzanspruches, und auch als solche dann nicht, wenn man der sogen. Differenztheorie des Reichsgerichts huldigt.[3]) Es muß dann nämlich der Gegenanspruch als ausgeschlossen gelten und damit die Einrede fallen; für den, der diese Theorie nicht anerkennen will, wird der Verzicht auf die Einrede das einzige Mittel sein, sie loszuwerden. In der *Erfüllungsweigerung* aber kann ein solcher nicht gefunden werden. Der Gesichtspunkt, der den Schuldner leitet, ist der der fremden Interessewahrung, nicht der der Aufgabe eigener Interessen. Unter Rücksichtnahme auf die eigene Stellung, nicht unter Aufgabe eigener Sicherungsmittel teilt der Schuldner vorzeitig mit, wie sich die Parteilage gestalten wird. Sich dadurch schädigen, daß der Inhalt des Gläubigerrechtes, der vordem ein beschränkter war, nunmehr ein unbeschränkter wird, ist nicht das Ziel, das der Schuldner mit der Erfüllungsweigerung verfolgt.

Die Verzichtstheorien des Reichsgerichts sind damit zurückgewiesen.

Sie haben sich als eine tendenziöse Fiktion erwiesen, bei der allein die Tendenz lobenswert ist, die Tendenz: dem

[1]) Für einen ähnlichen Fall vgl. Oertmann zu § 320 Nr. 9 Abs. 2.

[2]) Ist die Weigerung unwiderruflich, so fällt die Einrede also in allen Fällen von selbst fort.

[3]) RG. Bd. 50 S. 255 ff.

Gläubiger Mahnung, Fristsetzung, Androhung und ständige Bereitschaft zur Gegenleistung zu sparen. Später hat das Reichsgericht diese Theorie aufgegeben. Entscheidend dafür war die Verfolgung der weiteren Tendenz geworden, dem Gläubiger die stete Gefahr einer Leistung trotz Weigerung zu nehmen[1]), dem Effekte nach also die Weigerungserklärung zu einer wahrhaft endgültigen zu gestalten.

§ 5.

Die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit bedeutet nicht einen Verzicht auf das *Recht* auf Realerfüllung.

Die Besprechung dieses Satzes muß sich als eine Kritik der Ausführungen Brechts[2]) gestalten, weil er der einzige Schriftsteller ist, der ihn bejaht.

Brechts Ausführungen bieten insoweit nichts neues, als sie auf die Verzichtstheorie des Reichsgerichts gegründet sind, werden aber dadurch interessant, daß er den Verzicht auf Fristsetzung tiefer faßt und sagt, dieser Verzicht sei in Wahrheit ein Verzicht auf das Recht des Schuldners, real zu erfüllen. Die Frist des § 326 gewähre dem Schuldner die Möglichkeit, noch nach Fälligkeit dieses Recht auszuüben. Habe der Schuldner aber mit seiner ernstlichen Weigerung auf dieses Recht verzichtet, so sei auf eine Ausübungszeit mitverzichtet, und umgekehrt. Daher „komme es auf dasselbe hinaus", ob man von einem Verzicht auf Realerfüllung oder von einem Verzicht auf Fristsetzung spricht.

Brecht gelangt somit zu einer nuancereicheren Auslegung der Weigerungserklärung, als sie das Reichsgericht zu der Zeit vertrat, in der Brecht schrieb. Er legt sich die Frage vor, ob bei der Erklärung des Schuldners der Wille vorgelegen habe, auf das reale Erfüllungsrecht Verzicht zu leisten, oder ob der Schuldner vielmehr nur Zweifel, an seiner Pflicht zu leisten, habe geklärt wissen wollen. Im ersteren Falle ist es Brecht recht, dem Gläubiger *sofort* die Rechte des § 326 zu gewähren, im letzteren nicht. Hier, meint er, gibt die Frist gerade die Möglichkeit, seiner Leistungspflicht genauer nachzuforschen. Hier nähme sie den Charakter einer „Bedenkfrist" an. Man dürfe sie dem Schuldner also nicht nehmen.

[1]) Wie wichtig das ist, führt Romeick a. a. O. S. 95 sehr schön aus.
[2]) Jher. Jahrb. Bd. 53 S. 258 ff.

Die Wendung, die Brecht der reichsgerichtlichen Verzichtstheorie dadurch gibt, daß er diesen Verzicht auf das Recht auf Realerfüllung bezieht, legt der Kritik die Aufgabe auf, zu untersuchen, ob ein sólches Recht auf Realerfüllung wirklich besteht.

Naturgemäß liegt es am nächsten, die Institution der Fristsetzung selbst als Argument für ein solches Recht zu benutzen. Man könnte sagen: Darin, daß der Gläubiger dem Schuldner die Möglichkeit zur Realerfüllung selbst nach Ablauf der Lieferungszeit gewähren muß, ist doch Beweis genug für ein Recht zu finden. Dem Schuldner soll eben ein Etwas nicht verkümmert werden, das einem Recht nicht unähnlich ist, weil es sich als eine Art Befugnis präsentiert, die mit einem gewissen Schutze des Rechtes ausgestattet ist; und in der Tat wäre dieser Gedanke nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Zwar möchte man nicht leichthin die Frage bejahen, daß man auf Feststellung seines Rechtes, real erfüllen zu dürfen, klagen könne. Aber daß man diese Frage zu verneinen geneigt ist, kann an anderen Umständen liegen, als an dem, daß es ein solches Recht nicht gibt. Es kann z. B. an dem Interesse an der alsbaldigen Feststellung mangeln, oder an der prozessualen Schutzwürdigkeit dieses Interesses.

Und die Rücksicht des Gesetzes auf die Lage des Schuldners, die sich in der Bestimmung ausdrückt, daß die Frist „angemessen" sein muß, spricht sicherlich *für* ein Recht im Sinne Brechts.

Aber eines spricht dagegen und dieses eine erscheint mir durchschlagend.

Im BGB. § 267 wird nämlich bestimmt, daß, wenn die Leistung nicht in Person gemacht werden muß, auch ein Dritter die Leistung bewirken kann. Dieser Dritte muß freilich mit dem Schuldner in irgend einem kausalen Verhältnis stehen, und es wäre nicht ausgeschlossen, daß dies das Verhältnis des Zessionars zum Zedenten ist: Der ursprüngliche Schuldner könnte ja sein Recht auf Realerfüllung an den Dritten abgetreten haben. Schwierigkeiten würden sich hier freilich aus der Frage ergeben, wie dieses eigentümliche Verhältnis von dem der internen Schuldübernahme oder Erfüllungsübernahme praktisch zu unterscheiden wäre. Für uns ist wichtig, daß der Dritte nach § 267 auch dann erfüllen kann, wenn er nicht in dem Zessionsverhältnisse, sondern in einem viel weitläufigeren steht,

z. B. in dem des Geschäftsführers ohne Auftrag zum Geschäftsherrn. An solche Fälle denkt das BGB. vor allen Dingen. Denn es setzt hinzu: Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich.

Nimmt man nun an, der Schuldner ist wirklich Inhaber eines Rechtes auf Realerfüllung, so würde der als negotiorum gestor handelnde Dritte mit der Erfüllung über ein Recht verfügen, über das ihm die Verfügung nicht zusteht. Er würde demnach ein nicht Berechtigter im Sinne des § 185 BGB. sein, und die befreiende Wirkung der Leistung hinge von der Genehmigung des Schuldners ab.

Es wäre dann ganz unerfindlich, warum § 267 BGB. besonders erwähnt, daß die *Einwilligung* nicht erforderlich ist. § 185 BGB. hätte von selbst ergeben, daß die Einwilligung ersetzt werden kann durch nachträgliche Zustimmung. Überhaupt ist „Einwilligung" in § 267 BGB. nicht im technischen Sinne des § 183 BGB. gebraucht, sondern soll bloß bedeuten, daß auch wider Willen des Schuldners die Leistung befreiend wirkt.

Sonach wäre ein Recht auf Realerfüllung der Willkür jedes Dritten preisgegeben und ein Recht, das von jedem geübt, von jedem geraubt und inhaltlos gemacht werden kann, ohne daß dem Rechtsinhaber eine Handhabe zur Verfügung steht, sich dieses Raubes zu erwehren, ohne einen Ersatz für das verlorene Recht zu erhalten, ist kein Recht. Denn es wird vom objektiven Rechte nicht geschützt. So fehlt denn dem Interesse an der realen Erfüllung nach der Entscheidung des positiven materiellen Rechtes die Schutzwürdigkeit, und zwar nicht bloß im prozessualen, sondern auch im materiellrechtlichen Sinne.

Und damit müssen wir Brechts Versuch, dem Verzicht, der der Fristersparnis zugrunde liegen soll, das Recht zu geben, welches den Gegenstand eines Verzichtes bilden kann, als vergeblich bezeichnen.

§ 6.

I.

Der in der Entscheidung des Reichsgerichtes Bd. 57 S. 106 ff. enthaltenen Lösung, die Erfüllungsweigerung als positive Vertragsverletzung anzusehen, stimmt Staub[1]) freudig

[1]) Pos. Vertrgsverltz. S. 50 ff.

zu. Das ist umso begreiflicher, als bereits vor dem Reichsgericht Staub selbst im Kommentar zum HGB. (Exk. zu § 374 Anm. 76) gesagt hatte: der Schuldner handelt durch eine solche vor der Fälligkeit abgegebene Erklärung, er werde zur Verfallszeit nicht erfüllen, vertragswidrig. „In diesem Verhalten, in der Ankündigung der Vertragsuntreue, liegt selbst eine Vertragsuntreue, und die Folgen dieser Vertragsuntreue muß der Schuldner tragen." Freilich hatte Staub, wie er selbst gesteht, damals noch nicht die Konsequenz gezogen, die er nach der von ihm selbst geförderten Ausbildung der Lehre von der positiven Vertragsverletzung nunmehr ziehen mußte, und die sich mit den Ausführungen des Reichsgerichts in der erwähnten Entscheidung deckt, nämlich die Konsequenz, daß der § 326 Anwendung finden kann, und zwar bereits *vor* Fälligkeit. Darin besteht, wie Staub richtig erkennt, der Wert der neuen reichsgerichtlichen Theorie: daß für den Fall der Leistung trotz Weigerung der vor der Erfüllungszeit geschehene Deckungskauf nicht mehr, wie nach der früheren Annahme des Reichsgerichts, für Rechnung des *Käufers* geht, sondern daß die Weigerung dem anderen Teile das *sofortige* Recht gibt, gemäß § 326 zu wählen zwischen Rücktritt und Schadensersatz.

Am meisten aber erscheint sie ihm gerechtfertigt durch die Konsequenz, daß nach der Erfüllungsweigerung der vertragstreue Teil, weil er ja nicht mehr in Verzug zu setzen braucht, auch nicht mehr zur Gegenleistung bereit zu sein nötig hat. Diese Konsequenz ist auch ohne Zweifel eine sehr wichtige. Sie ist aber nicht bloß der neueren reichsgerichtlichen Begründung eigen.[1])

II.

Nach der Staub'schen Theorie von den positiven Vertragsverletzungen liegt eine solche positive Verletzung vor, wenn der Schuldner tut, was er hätte unterlassen sollen, und wenn dies Tun den Vertragszweck wesentlich gefährdet. Eine derartige Zuwiderhandlung setzt demnach eine Unterlassungspflicht

[1]) Daß das bereits die Folge der *Verzichts*theorie des Reichsgerichts ist, und nicht erst die Errungenschaft der Theorie von der positiven Vertragsverletzung, übersieht Staub, Pos. Vertrgsverltz. S. 57, veranlaßt durch das Zusammentreffen dieser neueren Wendung der Verzichtstheorie mit der Begründung der Theorie von der positiven Vertragsverletzung (RG. Bd. 57 S. 106).

voraus. Wo nun, wie in den meisten Fällen, der Hauptinhalt der Obligation nicht auf ein Unterlassen, sondern im Gegenteil auf ein Tun lautet, erscheint eine positive Verletzung nur dann möglich, wenn als neben der Leistungspflicht herlaufend eine allgemeine Pflicht gedacht wird, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck vereiteln könnte. Eine solche Vertragsverletzung kann nur dann eine von der Leistungspflichtverletzung zu scheidende Bedeutung haben, wenn eine derartige allgemeine Unterlassungspflicht nicht als bloßer abhängiger Revers der positiven Leistungspflicht zu gelten hat, sondern unabhängig von ihr besteht. Diese Selbständigkeit der Unterlassungspflicht ist aber anzweifelbar. So führt Kohler[1]) aus: „Die Verpflichtung zum Tun enthält nicht die Verpflichtung in sich, alles zu vermeiden, was mit diesem Tun faktisch im Widerspruch ist. Wohl aber kann die Sachlage so gestaltet sein, daß das Gebot zum Tun zugleich das rechtliche Verbot zu einem Nichttun enthält, sofern das widerstreitende Tun nicht etwa bloß faktisch das Pflichttun schmälerte, sondern der übernommenen Treupflicht widerspräche."

In letzterem Falle handelt es sich indessen nicht um die Verletzung einer Unterlassungspflicht, sondern um ein Unterlassen dessen, was getan werden sollte, um Verletzung des „Pflichttuns" selbst.

Und bei Siber liest man:[2]) „Die oft genannte angebliche Verpflichtung des Schuldners zur Nichtvereitelung der Erfüllung ist weder eine direkte noch eine indirekte Verpflichtung, sondern nur *Pflicht* zu einer die Erfüllung *vorbereitenden* Unterlassung. Denn mit ihrer Befolgung erhält der Gläubiger nichts." . . . .

„Nur bei aufschiebend bedingten und betagten Ansprüchen haben solche Pflichten *wohl die Bedeutung indirekter Verpflichtungen*, deren Erfüllung dem Gläubiger den ihm schon jetzt gebührenden Erfolg einer Sicherung des noch bedingten oder betagten Anspruchs verschafft."

Siber erkennt demnach eine selbständige Unterlassungspflicht unter Umständen an, und zwar als eine „Sanktion des Rechts darauf, daß die Sicherheit der künftigen Anspruchserfüllung unvermindert erhalten bleibt".[3])

---

[1]) Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 84 S. 9.
[2]) Jher. Jahrb. Bd. 50 S. 176 f.
[3]) Siber a. a. O. S. 210 Anm. 1.

Die „Gefährdung“ des Vertragszwecks, welche eine Erfüllungsweigerung hervorruft, besteht für ihn eben in der Verletzung dieses Rechtes.

Für den Fall des bedingten Anspruchs darf sich Silber für die selbständige Existenz einer indirekten (d. h. klaglosen) Unterlassungspflicht auf § 160 BGB. berufen.

Weil nämlich der Regel nach eine aus dem Vertrag entspringende *Sorgfalts*pflicht erst mit dem Augenblick entsteht, in dem auf der Gegenseite ein dieser Pflicht korrespondierendes Recht existent wird, § 160 aber den Fall behandelt, daß dieses Recht noch nicht entstanden ist, konnte § 160 nicht an die Verletzung einer allgemeinen, dem Berechtigten gegenüber bestehenden Leistungs-Verpflichtung die Gewährung eines Ersatzanspruches knüpfen, sondern mußte eine besondere Pflicht statuieren, die als Unterlassungspflicht aufgetreten ist und den Charakter einer selbständigen Pflicht trägt; aber sie ist nicht bloß selbständig, sondern sie ist auch einzig. Neben ihr steht nicht etwa eine der vertragsmäßigen analoge positive Leistungspflicht; es würde wohl kaum jemand auf den Gedanken kommen, in § 160 eine solche als *Correlat* neben die Unterlassungspflicht zu stellen, in derselben Weise, wie die allgemeine Unterlassungspflicht der Leistungspflicht an die Seite gestellt wird. Und doch wäre das nur konsequent. Denn es ist garnicht einzusehen, warum nicht dem Unterlassen einer Vereitelung ebenso ein Anwenden von entsprechender Sorgfalt innewohnen soll, wie dem Leistensollen ein Unterlassen alles dessen, was das Leisten vereiteln könnte; und in der Tat hat ja das Unterlassen auch eine derartige positive Bedeutung.[1]) Die entsprechende Sorgfalt ist aber eben nichts weiter als der positive Ausdruck, die „Plus-Seite“ der Unterlassungspflicht, die notwendig vorhanden sein muß, damit überhaupt von einem „Verschulden“ die Rede sein kann; aber trotzdem wird man nicht behaupten, daß damit die positive Seite des Begriffs auf einmal selbständig geworden sei. Im Gegenteil, es ist damit deren Selbständigkeit geleugnet.

Wenn aber Siber den betagten Anspruch dem bedingten in obigem Ausspruche gleichstellt, so kann man ihm darin nur

[1]) So fassen auch Planck zu § 160 und Hölder ibid. die in § 160 statuierte Pflicht als Pflicht, dafür zu sorgen, daß das von der Bedingung abhängige Recht nicht beeinträchtigt oder vereitelt werde.

dann folgen, wenn er den betagten Anspruch nicht von dem befristeten scheidet. Macht er aber einen Unterschied zwischen ihnen, so steht sein angeführtes Zitat in unvereinbarem Gegensatze zu der von ihm selbst anderweit [1]) geäußerten Meinung, nach der die „Unterlassung von Handlungen, die die Erfüllung vereiteln, regelmäßig nicht Gegenstand einer neben der Leistungspflicht stehenden besonderen Verpflichtung“ ist, sondern nur „ein negativer Ausdruck für etwas schon in der Verpflichtung zur Hauptleistung Enthaltenes“ [2]). Mit vollem Rechte leugnet hier Siber, von dem besonderen Falle des § 160 BGB. abgesehen, die Selbständigkeit der Unterlassungspflicht. Im Anschluß an ihn entscheiden wir so: Die Unterlassungspflicht als Correlat der Leistungspflicht bedeutet die „Minus-Seite“ der Leistungspflicht, ihre Definition durch Abgrenzung nach der negativen Seite hin, eine nähere Bestimmung durch Aufzählung alles dessen, was *nicht* getan werden soll, damit der Leistungspflicht genügt werde. Und eine solche Aufzählung geschieht, weil sie bequemer und deutlicher eine Vorstellung des Inhaltes der positiven Pflicht hervorzurufen, imstande ist.

Mit den vorstehenden Ausführungen stimmt es überein, daß die in dem § 160 aufgestellte Unterlassungspflicht nur so verletzt werden kann, daß damit auch das bedingte Recht selbst beeinträchtigt oder vereitelt *ist*. Eine positive Vertragsverletzung, die zugleich Verletzung einer selbständigen Unterlassungspflicht ist, muß dagegen schon dann als vorliegend erachtet werden, wenn etwas getan wird, was den Vertragszweck beeinträchtigen oder *vereiteln könnte;* was den Zweck also bloß *gefährdet. Ist* der Vertragszweck wirklich beeinträchtigt oder vereitelt, so liegt ja schon eine Verletzung der *Leistungs*pflicht vor; also, um den Gegensatz scharf herauszuarbeiten: es läge dann schon eine „negative“ Vertragsverletzung vor, eine Verletzung durch Unterlassen dessen, was der Schuldner hätte tun sollen.

Kann man sich somit nach unserem Dafürhalten bei bereits bestehendem „Pflichttun“ nicht auf § 160 BGB. stützen, so ist eine selbständige Unterlassungspflicht für diesen Fall im Gesetze nicht begründet.

---

[1]) Rechtszwang S. 86, 175 ff.

[2]) Übereinstimmend anscheinend Schöller, Gruchot 46 S. 27/28. Widersprechend: Lehmann, Unterlassungspflicht S. 168.

Krückmann [1]) hat bereits diese problematische Unterlassungspflicht ersetzt, indem er zeigte, daß sie sich mit *positivem* Sinne als eine „Sorgfaltspflicht" darstelle.

Eine solche Sorgfaltspflicht darf dann nicht als neben der primären Leistungspflicht herlaufend, sondern muß in ihr als untrennbarer Bestandteil enthalten gedacht werden.

Diese Anschauungsweise bedeutet aber nichts geringeres als den Tod der positiven Vertragsverletzung, soweit dieser Begriff sich bezieht auf die Kontravention einer Pflicht, die zu befolgen zur rechten Prästation der geschuldeten Diligenz gehört hätte, und insoweit als durch diese Übertretung eine bloße Zweck*gefährdung* herbeigeführt wird.

III.

Es hat sich damit die Frage nach der Pflichtverletzung gedreht. Zur Beantwortung steht nicht mehr, ob der Schuldner die Anzeige hätte unterlassen müssen, weil er mit ihr eine Unterlassungspflicht verletzt; vielmehr bedarf die Frage der Antwort: Verletzt der Schuldner *mit* der Anzeige die übernommene *Sorgfalts*pflicht?

a. Der Charakter dieser Sorgfaltspflicht ist ein doppelter.

Sie bedeutet

1) Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei Vornahme von auf Erfüllung zielenden Handlungen.

2) Die im Verkehr erforderliche Fürsorge, daß die Erfüllung nicht vereitelt oder beeinträchtigt wird.[2])

---

[1]) Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 101 S. 200 f.

[2]) Anders: Krückmann a. a. O. Anders auch Siber, Rechtszwang S. 176, der die Diligenzpflicht nicht als „Inhalt der primär geschuldeten Leistungshandlung", sondern bloß deren Außerachtlassen als „Rechtsbedingung der auf Schadenersatz gerichteten sekundären Leistungspflicht" betrachtet. Siber berücksichtigt nicht die weiterhin im Text verwendete nachträgliche Prognose, deren Notwendigkeit sich daraus ergibt, daß für den Menschen, dem der Einblick in zukünftige kausale Entwicklung versagt ist, vor dem Erfüllungszeitpunkte in der Regel nicht feststeht, ob dies Tun, ob dies Unterlassen das Ausbleiben der Erfüllung bewirkt. Diese nachträgliche Prognose ist in der Regel das einzige Mittel, zu erkennen, ob gerade dieses Verhalten als Betätigung der Sorgfaltspflicht verlangt werden konnte. Das heißt aber nichts anderes als: sie bietet das regelmäßige Mittel, die Sicherheit des Vorliegens einer Erfüllungs-

Da die Anzeige der Erfüllungsweigerung nicht eine auf Erfüllung durch den Schuldner zielende Handlung ist oder in sich schließt, kommt die unter 1) erwähnte Seite der Sorgfaltspflicht in diesem Zusammenhange nicht in Betracht.

Für die unter 2) genannte gilt folgendes:

Sie fordert nicht die Summe der zur Erfüllung erforderlichen Vorhandlungen, sie fordert überhaupt nicht notwendig eine Handlung; sie fordert nur ein Verhalten, das Rücksicht nimmt auf die Leistungsverpflichtung. Ob aber dies Verhalten wirklich ein entsprechendes war, läßt sich in der Regel nur im Wege der nachträglichen Prognose feststellen, d. h. nur rückblickend aus der für die Erfüllung vereinbarten Zeit unter Zurückversetzung in die Zeit der Erfüllungsvorbereitung.

Es setzt nämlich die Verletzung der Sorgfaltspflicht in dem erörterten Sinne die Sicherheit voraus, daß die Erfüllung ausbleibt. Daraus ergibt sich aber auch zugleich die Ausnahme von der Regel: Wenn nämlich schon vor der Erfüllungszeit unter Berücksichtigung der menschlichen Unzulänglichkeit des Einblicks in den natürlichen Kausalzusammenhang als sicher feststeht, daß die Erfüllung ausbleiben muß, so kann schon mit dem Moment der Gewinnung dieser Sicherheit die Diagnose auf Sorgfaltspflichtverletzung gestellt werden.

---

pflichtverletzung zu erkennen. Der Zeitpunkt ihrer Vornahme ist deshalb in der Regel der Zeitpunkt der Entstehung des Ersatzanspruchs.

Die Notwendigkeit nachträglicher Prognose ist auch der Grund dafür, warum nicht auf Vornahme des zur Sorgfaltspflicht gehörigen Handelns oder Unterlassens geklagt werden kann: Das Bestehen des darauf gerichteten Anspruchs ist erst erkennbar in einem Zeitpunkte, in dem zugleich als sicher feststeht, daß eine rechte Sorgfaltsanwendung infolge deren Unnachholbarkeit unbehebbar unmöglich geworden ist. Mit diesem Augenblicke ist aber der Erfüllungsanspruch erloschen (vgl. S. 73 der Arbeit) und an dessen Stelle der Anspruch auf Schadenersatz getreten. So tritt *scheinbar* das Sorgfaltüben nur als Ersatzleistenmüssen für unterlassene Sorgfalt auf. (Siber S. 173). Es ist gewiß richtig, was Siber will, daß das Außerachtlassen der Diligenzpflicht Rechtsbedingung der Schadenersatzpflicht ist; aber das schließt nicht aus, daß die Sorgfaltspflicht Inhalt der *primären* Leistung ist, und als solcher der Maßstab für die auf die Erfüllung zu verwendende Kraftanstrengung. Die primäre Leistungspflicht geht deshalb nicht auf einen bloßen Erfüllungs*versuch*, sondern auf die Erfüllung selbst, aber nur unter Anwendung der aus dem Inhalte des Vertrages näher bestimmbaren Kraft; es wird jedoch vermutet, daß der Vertrag den Kraftaufwand nach dem Erfolge bestimmt. Daher liegt die Exculpation beim Schuldner.

b. Dies angewandt auf die Erfüllungsweigerung *vor* Fälligkeit ergibt, daß die Anzeige von der Weigerung nur dann Verletzung der Sorgfaltspflicht sein kann, wenn durch sie das Ausbleiben der Leistung zur Erfüllungszeit vollkommen sicher geworden ist. Nicht also schon dann ist die Anzeige selbst Pflichtverletzung, wenn sie das *Eingetretensein* der notwendigen Nichterfüllung zur Lieferungszeit sicher und unverkennbar *kundgibt*, sondern nur dann, wenn sie selbst das sichere Eintreten der Nichterfüllung *bewirkt hat*. Das aber bewirkt sie nur, wenn sie *unwiderruflich geworden* ist.[1])

So kann denn die Anzeige *als solche* niemals Verletzung einer Vertragspflicht sein.[2])

IV.

Soll das Recht, das aus § 325 BGB. fließt, zu wählen zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt, *durch* die Anzeige der Erfüllungsweigerung gewonnen und mit der *sofortigen* Ausübung des Wahlrechts nachträgliche Erfüllung ausgeschlossen werden, so muß also — das ist der Schluß der Betrachtung — ein anderer Weg gewählt werden.

Bevor wir uns aber anschicken, diesen Weg zu suchen, sollen exkursweise Lehmanns und Sibers Ausführungen zur Theorie von den positiven Vertragsverletzungen in ihrer Anwendung auf die vorzeitige Erfüllungsweigerung einer Betrachtung unterzogen werden. Daran anschließend sei Romeicks Ansicht besprochen.

§ 7.

(Fortsetzung von § 6.)

I. Lehmann[3]) und das Reichsgericht.

Mit Unrecht, meint Lehmann, knüpfe das Reichsgericht an eine bloße Gefährdung des Vertragszwecks bereits die Folge der Fristersparnis. Wenn die analoge Anwendung des § 326 nicht zur reinen Willkür ausarten solle, so sei zur *sofortigen* Geltendmachung der Rechte aus § 326 unbedingt der *Wegfall* des Interesses erforderlich. Das Interesse an der Vertragserfüllung falle aber keineswegs immer schon infolge der Erfüllungsweigerung allein weg.

---

[1]) Vgl. S. 73 dieser Arbeit.

[2]) a. A.: Romeick a. a. O. S. 95; vgl. S. 81 ff. dieser Arbeit.

[3]) Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 96 S. 113.

Darum bedeutet für Lehmann die Entscheidung des Reichsgerichtes Bd. 57 S. 106 ff nicht das Aufgeben der Verzichtstheorie:

„Die generelle sofortige Gewährung der Rechte aus § 326 (d. h. Rücktritt oder Schadensersatz) läßt sich nur rechtfertigen, falls man annimmt, daß die Erfüllungsweigerung als positive Vertragsverletzung Verzug begründet und zugleich einen Verzicht auf die Frist enthält".

Das stimmt mit dem zusammen, was Lehmann ohne Bezug auf die Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit über die Frist des § 326 sagt:

„Der Fristablauf", so heißt es, „*erspart* nicht nur den Beweis des Interessefortfalles, sondern *ersetzt* den Interessefortfall. Insoweit gibt es also Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung *ohne Vereitelung,* bei bloßer *Gefährdung* des Leistungszweckes. Zu *sofortigem* Rücktritt oder Schadensersatz gehört aber immer *Fortfall* des Interesses, also Zweckvereitelung."

Lehmann billigt den Standpunkt des Reichsgerichtsberichtes in den Entscheidungen des 51. und 52. Bandes. Ihm scheint also ein Verzicht auf die Fristsetzung möglich. Er verwirft aber, die Begründung der Befugnis, die Rechte aus § 326 *sofort* nach Zugehen der Erfüllungsweigerung geltend zu machen, auf eine positive Vertragsverletzung. Denn zur *sofortigen* Geltendmachung ist für ihn ja der *Fortfall* des Interesses nötig. Die Fristsetzung ist ihm ein Mittel, und zwar das einzige Mittel, bei bloßer Gefährdung des Interesses, also bei fortdauerndem Interesse, zurückzutreten oder Schadensersatz zu verlangen. Mag nun auch eine positive Vertragsverletzung den Vertragszweck, also das objektive Interesse, ebenfalls bloß *gefährden*, nicht vereiteln — eine positive Vertragsverletzung ist neben der Fristsetzung in § 326 nicht als Grund zur *sofortigen* Geltendmachung der Rechte genannt, und es kann deshalb die Fristsetzung nicht erlassen werden. Es wird von Lehmann richtig erkannt: bei dem Rücktritt nach Fristablauf handelt es sich um Rücktritt bei bloßer Gefährdung; es wird anerkannt: die positive Vertragsverletzung führt ebenfalls Gefährdung des Vertragszweckes herbei. Trotzdem muß nach Lehmann im letzteren Falle doch die Fälligkeit und an sie anschließend die Frist abgewartet werden, um von dem Vertrage

loskommen zu können, weil das Gesetz nur nach Fristsetzung Rücktritt wegen Zweckgefährdung kennt. Da nun eine Frist nicht gesetzt werden kann, bevor Fälligkeit eingetreten ist, oder wenigstens die Frist erst mit Fälligkeit ihren Anfang nimmt und nicht etwa im Falle der Weigerung vordatiert werden kann, als vom Tage der Weigerung beginnend, so ergibt sich, daß die Gefährdung durch Weigerung ganz unberücksichtigt bleibt. Denn die Frist schließt sich an die Gefährdung durch Versäumnis des Lieferungstermines an, nicht an die Gefährdung durch Weigerung.

Für Lehmann handelt es sich also im Grunde garnicht um die Unentbehrlichkeit der Frist, sondern um die Notwendigkeit, trotz Weigerung den Erfüllungstag abzuwarten. Mit anderen Worten darum, daß die positive Vertragsverletzung, deren Vorliegen Lehmann anerkennt, wirkungslos bleiben muß. Das ändert sich aber mit einem Schlage, wenn der Schuldner auf die Frist verzichtet und die Erfüllungsweigerung als positive Vertragsverletzung Verzug begründet. Weil nun — nach Verzicht auf die Frist — eine solche nicht mehr nötig und der in § 326 geforderte Verzug durch die Weigerung begründet ist, hat die Weigerung die Kraft erhalten, die ihr vorher nicht innewohnte. Nun kann auch sie, wie sonst nur die Nichtleistung bei Fälligkeit *und* die Fristsetzung, Geltendmachung der Rechte aus § 326 bei bloßer Gefährdung bewirken.

Darin liegen zwei Widersprüche:

1) Zuerst geht Lehmann davon aus, daß die Frist nicht erspart werden kann, weil § 326 den Fall der positiven Vertragsverletzung nicht als Grund zu sofortigem Rücktritt etc. kennt. Sodann aber kann ein Verzicht auf die Frist diesen Erfolg bewirken, obwohl doch auch er in § 326 nicht genannt ist.

Staub empfand diese Inkonsequenz.[1]) Er konnte sich mit der Verzichtstheorie nicht befreunden, eben weil er sich sagte: § 326 nennt nur den Fortfall des Interesses als Grund, der Frist entraten zu können, den Verzicht nennt er nicht. Der Interessefortfall galt ihm daher als alleiniger Grund.

Lehmann hält den Interessefortfall ebenfalls für den einzigen Fall des Fristfortfalles. Und doch taucht dann wieder neben ihm der Verzicht als zweiter Grund auf. Dieser Wider-

[1]) Pos. Vertragsverl. S. 50.

spruch wird nur dann gelöst, wenn man annimmt, Lehmann gehe davon aus: der Verzicht auf die Frist könne aus der bloßen Gefährdung des Zwecks eine Zwecksvereitelung machen.

Doch liegt dieser Gedanke zu fern.

2) Ein zweiter Widerspruch Lehmanns liegt noch im folgenden:

Wir hatten gesehen, wie Lehmanns Deduktion dazu führen mußte, der Erfüllungsweigerung überhaupt jede Wirkung abzusprechen. Wie ist es nur zu erklären, daß der Verzicht auf die Frist der Weigerung den ihr gebührenden Wert beilegt? Warum knüpfen sich jetzt mit einem Male Folgen an die Gefährdung des Vertragszweckes durch sie, während vordem diese Gefährdung nur durch darauf folgende Nichtleistung bedingte Konsequenzen haben konnte?

II.

Siber und das Reichsgericht.

Einen ganz eigenartigen Standpunkt nimmt Siber[1]) ein. Ihm bedeutet die Erfüllungsweigerung die Verletzung einer allerdings nur indirekten Unterlassungspflicht.[2]) „Indirekt" ist sie, weil der Gläubiger mit ihrer Befolgung nicht einmal einen Bestandteil des ihm gebührenden Leistungserfolges erhält und deshalb nicht auf deren Erfüllung klagen kann.

Weiter führt Siber aus:

Da man nun in der Weigerung eine Gefährdung des künftigen Anspruches finden und so dem Gläubiger das Interesse mangeln kann, so kann analog dem § 325 Satz 2 ein Rücktrittsrecht begründet sein. Nur „analog", denn im § 325 ist nur von *klagbaren* Verpflichtungen die Rede. Zu verwerfen ist aber, daß Staub neben dem Rücktritt auch Schadensersatz gewährt, denn die Verletzung einer klaglosen Unterlassungspflicht kann als solche keinen klagbaren Schadensersatzanspruch begründen. Sie ist dazu nur geeignet, wenn sie außer der Vereitelung dieser indirekten Pflicht auch die Vereitelung und Verzögerung einer davon verschiedenen klagbaren Verpflichtung herbeiführt. Diesen Grundsatz findet Siber in den einschlägigen Reichsgerichtsentscheidungen ebenfalls enthalten. Er formuliert das so: Grundsatz des Reichsgerichtes ist:

[1]) Jher. Jahrb. Bd. 50 S. 173 ff.

[2]) Vgl. S. 54 dieser Arbeit.

1) Verletzung einer selbständigen klagbaren Unterlassungspflicht, sei sie auch nur Nebenverpflichtung, begründet Schadensersatz wegen Unmöglichkeit.

2) Verletzung einer klaglosen begründet ein Rücktrittsrecht, wenn sie die Erfüllung einer klagbaren Hauptverpflichtung gefährdet; einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn sie diesen vereitelt.

Im Rahmen dieser Arbeit liegt es nicht, Sibers Unterscheidung der klaglosen und klagbaren Unterlassungspflichten einer Prüfung zu unterziehen; ebenso wenig kann es unsere Aufgabe sein, die Konsequenzen dieses Unterschiedes, soweit sie die Gewährung eines bloßen Rücktrittsrechtes oder bloßer Schadensersatzansprüche betrifft, über die ganze Reihe ihrer Möglichkeiten hin zu verfolgen. Uns interessiert in diesem Zusammenhange nur, was Siber für die Fälle der Erfüllungsweigerung aus seiner Zweiteilung der Unterlassungspflichten schließt, und ob er die Stellung des Reichsgerichtes richtig beurteilt.

In letzterer Hinsicht ist zu sagen, daß Sibers Behauptung sich nicht durch die für die Erfüllungsweigerung in Betracht kommenden Entscheidungen mit Beweis belegen läßt.

Zwei Beispiele für viele!

In dem Urteile des 51. Bandes S. 347 ff. handelt es sich um einen Vertrag auf successive Lieferung von 1000 Zentnern rohen Rüböles. Der Lieferant bestreitet, daß das Geschäft für ihn rechtsverbindlich abgeschlossen sei und verweigert die Lieferung des Rüböles. Der Käufer beansprucht daher Schadensersatz.

Im Band 52 S. 150 war Lieferung von 2000 t. Nußkohle versprochen. Aus nichtigen Gründen wurde der Abschluß vom Händler annulliert. Der Besteller deckte sich daher nach voraufgegangener Androhung ein und rechnete seinen Schaden auf den Kaufpreis an.

In beiden Fällen wird also Schadensersatz gefordert, in beiden Fällen handelt es sich um die Verletzung einer bloß indirekten Unterlassungspflicht. Siber aber würde fortfahren: in beiden Fällen handelt es sich aber auch darum, daß die Leistungspflicht verletzt worden ist. Denn in beiden Fällen ist der Weigerung gemäß tatsächlich nicht geleistet worden.

Das ist richtig. Es muß aber doch gefragt werden, ob aus den angeführten Entscheidungen hervorgeht, daß dieser Schaden gewährt wird, *weil* die *Leistungs*pflicht durch Nichtbefolgung der Unterlassung und nicht die bloße Unterlassungspflicht verletzt worden ist, und weiterhin, daß die Folge dieser letzteren Pflichtverletzung nur Rücktritt sein könnte.

In den beiden mitgeteilten Urteilen steht das Reichsgericht noch auf dem Boden der Verzichtstheorie. Die Folge der Weigerung ist hier bloß Verzicht auf Fristsetzung, Androhung und Mahnung. Trotz der Weigerung bleibt hier also der vertragstreue Teil an den Vertrag gebunden, bis der im Vertrage bestimmte Leistungstermin herangekommen oder versäumt worden ist. Erst dann, erst also wenn die Voraussetzungen des § 326 eingetreten sind, können die Rechte aus demselben wirksam gehandhabt werden, vorher nicht. Damit ist, wie ich schon bei der Kritik Lehmanns erwähnt habe, gesagt, daß nicht die Verletzung der Unterlassungspflicht, nicht die Weigerungserklärung den Schadensersatzanspruch erzeugt hat; — sondern die Erfüllungsverzögerung.

Siber hat demnach Recht:

Nur weil die Leistungspflicht verletzt worden ist, gewährt das Reichsgericht in den bezeichneten Fällen Schadensersatz, nicht weil eine indirekte Unterlassungspflicht unerfüllt geblieben ist.

Er irrt aber insofern, als der Schadensersatz nicht gefordert werden kann, weil die Verletzung der indirekten Unterlassungspflicht die Verletzung der Leistungspflicht *herbeigeführt hat*. Für das Recht des Gläubigers, seinen Schaden vom Schuldner getragen zu sehen, ist ja die Erfüllungsweigerung garnicht kausal geworden. Vielmehr ist die Ursache hierfür in der Nichtleistung zu erblicken. Die Erfüllungsweigerung hat nur die Wirkung gezeitigt, daß der Anspruch des Gläubigers nicht von der Setzung einer Frist und deren ergebnislosem Ablauf abhängig geblieben, sondern purifiziert worden ist.

Und auch darin irrt Siber, daß das Reichsgericht, wenn es auch einen Schadensersatz nicht mit der Kontravention einer klaglosen Unterlassungspflicht verbindet, an eine solche doch das Recht knüpft, vom Vertrage zurückzutreten.

Die Konsequenzen, die notwendig aus der Verzichtstheorie gezogen werden müssen, ergeben, daß ein Rücktritt ebenso wie eine Schadensersatzforderung erst mit dem Nichtleisten zur

Leistungszeit entstehen kann, daß also hier wie dort nicht die Weigerung das bewegende Moment abgibt, sondern die Nichterfüllung.

Eben dasselbe muß für die Theorie von der positiven Vertragsverletzung gelten.

Aus der Bezugnahme des Reichsgerichtes in Band 57 S. 106 ff. auf die Entscheidung in Band 54 S. 102 geht hervor, was aus der Lehre von der positiven Vertragsverletzung ebenfalls entnommen werden kann — daß das Reichsgericht den § 326 auf solche positive Verletzungen nicht mit der Modifikation anwendet, daß aus ihm der Gläubiger ein bloßes Rücktrittsrecht gewinnt, wenn die Verletzung eine klaglose Unterlassungspflicht betraf, und den Schadensersatzanspruch nur, wenn die Unterlassungspflicht eine direkte ist. Vielmehr ist die positive Vertragsverletzung — ganz gleichgültig welchen Charakter die von ihr berührte Unterlassungspflicht trägt — dem Reichsgericht Grund zur analogen Anwendung des § 326 schlechthin; also Grund zur Gewährung des *Wahlrechts* und damit *beider Rechte*, des Rücktrittes sowohl wie des Schadensersatzes.

So erwähnenswert die feine Unterscheidung Sibers auch ist: Das muß zurückgewiesen werden, daß sich aus der reichsgerichtlichen Judikatur die Befolgung dieser Unterscheidung durch unseren obersten Gerichtshof ergibt.

III.

Romeick.

Die vorgängige endgültige Erfüllungsweigerung ist nach Romeick eine Vertragsverletzung.[1]) Ob er ihr den Charakter einer positiven Verletzung zuspricht, also annimmt, durch sie wäre eine allgemeine Unterlassungspflicht verletzt, oder ob er in unserem Sinne die Sorgfaltspflicht positiv faßt und die Erfüllungsweigerung als deren Außerachtlassen behandelt wissen will, ist genau nicht ersichtlich. Er scheint aber zu der letzteren Version zu neigen, da er sich auf § 276 BGB. stützt.

Unterstellen wir diese Annahme als Sicherheit, so weicht Romeicks Ansicht von der unseren nicht ab, weil ja Romeicks Weigerung begrifflich die Unwiderruflichkeit in sich enthält, und auch wir die unwiderrufliche Weigerung für eine Vertragsverletzung erklären.

[1]) a. a. O. S. 95.

Was aber fängt Romeick mit dieser Vertragsverletzung an?

1) Besteht sie in einem Lossagen vom Vertrage, und will auch der Gläubiger vom Vertrage abgehen, so folgt für Romeick aus der Weigerung in ihrem Charakter als Vertragsverletzung nichts. In solchem Falle erreicht der Gläubiger die Freiheit von seinem Vertrage dadurch, daß infolge seiner Rücktrittserklärung der Vertrag durch contrarius consensus hinfällig wird.[1])

Schon von Lang[2]), auf den Romeick sich bezieht, hatte gegen diese Annahme das Argument angeführt, daß bei einem contrarius consensus *beide* Teile einig sein müssen, daß ein Vertrag existent sein und aufgehoben werden solle, während hier nur der Gläubigsr den Aufhebungswillen hat. Es mangele demnach an der für einen Vertrag unbedingt erforderlichen Willenseinigung.

Im Verlaufe seiner Ausführungen setzt sich v. Lang aber über seine Bedenken hinweg und nimmt die Möglichkeit eines contrarius consensus trotz des selbst zugegebenen Mangels an der Willensübereinstimmung an.

Für Lang ist das insofern verzeihlich, als er von der Ansicht ausging, daß das „anerkannte Recht" dem vertragstreuen Teile nur das Abgehen vom Vertrage *unter der Forderung des Interesse-Ersatzes* nicht gestatte[3]), daß es hingegen das *gänzliche* Abgehen, also den Rücktritt nicht ausschließe.

Mag dem zu v. Langs Zeiten so gewesen sein wie ihm wolle, — heute ist das nicht mehr „anerkannten Rechtens". Heute unterliegt vielmehr das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, den gleichen Voraussetzungen wie das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

Wir können daher von Lang und dem sich auf ihn stützenden Romeick darin nicht folgen, daß der Gläubiger ohne weiteres seine Vertragstreue ebenfalls aufgeben kann, wenn der Schuldner vertragsbrüchig wird. „Wie Du mir, so ich Dir" ist nicht mehr Rechtens.

2) Besteht

a. die Weigerung in einem Lossagen vom Vertrage und wünscht der Gläubiger Schadenersatz oder

---

[1]) a. a. O. S. 91.

[2]) Arch. f. bürg. Recht. Bd. 10 S. 287 ff.

[3]) Nach Endemann, D. J. Z. 1903 S. 161 scheint auch dies erlaubt zu sein.

b. bleibt der Schuldner, trotz Weigerung, im Sinne Romeicks auf dem Vertrage bestehen, während der Gläubiger vom Vertrage zurücktreten will, so gewinnt die vertragsverletzende Eigenschaft der Weigerung ihre Bedeutung. Vor und unabhängig vom Verzuge des Schuldners bringt sie eine Rechtswirkung hervor:

aa. Sie verpflichtet den Weigernden zum Schadensersatz gemäß BGB. § 276;

bb. sie schließt die nachträgliche Erfüllung, *nicht* etwa die Erfüllungs*pflicht* aus.

Zu aa. Für den Fall a, wenn also der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung will, reicht diese Rechtsfolge fraglos aus. Wie aber für den Fall b? Wo bleibt die Begründung des Rechtes, vom Vertrage zurückzutreten in Fällen, wo der contrarius consensus selbst von Romeick nicht zugelassen werden kann und auch nicht ausdrücklich zugelassen wird? Romeick enthält dem Leser diese Antwort, soweit ich habe sehen können, vor. Man muß also annehmen, daß der Gläubiger, der zurücktreten will, auf den vom BGB. § 326 vorgeschriebenen Weg verwiesen werden muß. Er muß den Schuldner in Verzug setzen, eine Frist bestimmen, Ablehnung der Leistung androhen, und dann erst kann er sein Rücktrittsrecht geltend machen. Das ist von Romeick gewiß nicht gewollt.

Zu bb. Der Ausschluß der Erfüllung wird auf zwiefache Weise begründet:

1. einmal dadurch, daß eine nachträgliche Leistung nicht *Ersatz* des entstandenen Schadens, sondern *Zufügung neuen* Schadens bedeuten würde. „Der Hauptschaden", läßt Romeick sich aus, „der dem Käufer nach geschehenem Deckungskauf entsteht, läge darin, daß er die Ware, für die er keine Verwendung mehr hat, nun doch annehmen und bezahlen müßte. Warum soll der Käufer den Hauptstoß gegen sein offenbares Interesse — die nachträgliche Lieferung — dulden müssen, um dann die schädigenden Folgen dieses Hauptstoßes zu neutralisieren — auf dem zweifelhaften Umwege der Einholung des durch das doppelte Haben der Sache verursachten Schadens?" [1])

Die Begründung Romeicks bezieht sich also nur auf den Fall vorgenommener Deckung, während sie sich als wahre

[1]) Romeick a. a. O. S. 95.

Begründung auf alle Fälle beziehen müßte. Sie ist aber auch für den von ihr berücksichtigten Fall nicht ausreichend. BGB. § 276 kann nur ein Recht verleihen auf Ersatz des durch die *Vertragsverletzung* entstandenen Schadens. Daß aber die nachträgliche Erfüllung schadenbringende Wirkung haben kann, ist rechtlich nicht die Folge der Vertragsverletzung, sondern des infolge Deckungsvornahme eingetretenen Fortfalles jedes objektiven Interesses an der Erfüllung. Dieser ist aber zurückzuführen auf eine freie vorsätzliche Handlung des Gläubigers, steht also mit der Handlung des Schuldners nicht im kausalen Zusammenhange. Romeick ist uns den Nachweis schuldig geblieben, daß ein Kausalnexus doch besteht.

2. Anderweit[1]) führt Romeick folgendermaßen aus: „Ist die vorgängige Lieferungsweigerung des Verkäufers eine Vertragsverletzung und darf der Käufer, auf diese Vertragsverletzung fußend, die Lage seiner Interessen dahin umgestalten, daß er nunmehr die zu liefernde Ware nicht mehr braucht, so ist auch die nachträgliche Erfüllung des Verkäufers keine vertragsmäßige mehr: das Schuldverhältnis ist imprägniert und infiziert durch die dem Fälligkeitstermin vorangegangene Vertragsuntreue des Verkäufers; kraft seines dahingehenden vom schuldhaften Verkäufer zu prästierenden Interesses darf der Käufer die nachträgliche Erfüllung zurückweisen und statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern."

Auch hier ist also allein der Fall besorgter Deckung ins Auge gefaßt, ein anderer Fall nicht berücksichtigt worden. Wie ist es aber für die in Betracht gezogene Sachlage möglich, daß die Eindeckung des Gläubigers aus der bis dahin vertragsmäßigen Leistung eine vertragswidrige macht, obwohl die Leistung den Anforderungen des Vertrages entspricht und die Erfüllungs*pflicht* unberührt bleibt?

Wie bei den Ausführungen über Lehmann, so muß auch hier mit einem Fragezeichen geschlossen werden.

§ 8.

Die in den §§ 6 und 7 angestellten Untersuchungen über die Theorien, welche den Zweck verfolgen, die Erfüllungsweigerung mit den durch das gemeinsame Interesse von

[1]) a. a. O. S. 96.

Gläubiger und Schuldner geforderten Rechtsfolgen auszustatten, haben zu dem rein negativen Ergebnis geführt, daß diese Folgen weder auf einen Verzichtswillen des Schuldners noch auf dessen Willen zur Pflichtverletzung zurückführbar sind.

Was in den nachfolgenden Zeilen enthalten ist, soll die aufbauende Ergänzung des destruktiven Teiles bilden. Es soll ein Versuch sein, ohne Vergewaltigung des Parteiwillens zu einem Resultate zu gelangen, mit dem beide Vertragsparteien zufrieden sein dürfen. Damit wird anerkannt, daß auch dieser Versuch geleitet wird von der Absicht einer Versöhnung des Rechtes mit dem wirtschaftlichen Parteiinteresse, daß auch er also eine Tendenz verfolgt.

I. Machen wir uns die Interessen der Vertragssteile vor deren Betrachtung aus rechtlichem Gesichtswinkel noch einmal in kurzer Zusammenstellung klar, so gelangen wir zu folgendem Ergebnis:

1) Dem *Gläubiger* liegt daran, Erfüllung zu erlangen. Sein Interesse daran hat er durch den Vertragsschluß dokumentiert.

a. Kann er es außer durch den Schuldner auch anderweit befriedigt sehen, so wünscht er diese Möglichkeit ausnutzen zu können, ohne ständig damit rechnen zu müssen, daß ihm wider Erwarten von dem weigernden Schuldner nachträglich ebenfalls Erfüllung rechtsgültig angeboten werden kann.

b. Ist der Schuldner der einzige, der den vom Gläubiger gewünschten Erfolg herbeiführen kann, so erschöpft sich dessen Interesse in der möglichsten Beschränkung seines Schadens.[1]) Dies Interesse führt gleichfalls zu dem Wunsche, nicht nach der Minderung seines Schadens dadurch wieder neuen Schaden entstehen zu sehen, daß der Schuldner nachträglich die Leistung noch als Erfüllung aufdrängen kann.

c. Ist das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vertragszwecks nicht groß genug, um ihn zu dessen weiterer Verfolgung zu veranlassen, oder ist sein Interesse an der Schadensminderung zu gering, um ihn in dieser Richtung zur Tätigkeit zu bewegen, so kann der Gläubiger doch daran ein Interesse haben, nicht trotz der Weigerung zur Annahme der Leistung bereit sein zu müssen.

---

[1]) Dazu gehört auch das Interesse daran, zur Gegenleistung nicht bereit sein zu müssen.

2) Dem *Schuldner* ist daran gelegen:

a. wenn er sich lossagt,

aa. damit festzustellen, daß er dem Gläubiger entweder überhaupt nicht als Schuldner oder doch nicht als Schuldner *dieser* Leistung gegenübersteht, daß er also weder Erfüllung noch Ersatz eines aus Nichterfüllung entstehenden Schadens schulden kann.

bb. Aus der Vorzeitigkeit seiner Mitteilung dieses Inhaltes erhellt, daß er daneben den Zweck verfolgt, den Schaden, den der Gläubiger infolge seines Vertrauens auf die Schuldnereigenschaft des Anzeigenden haben könnte, tunlichst zu mindern; und das aus dem bloßen Gesichtspunkte der Zuvorkommenheit, oder wenigstens nicht immer mit dem Gedanken, seine evtl. Ersatzpflicht damit inhaltlos zu machen, da er ja an die Möglichkeit einer solchen nicht glauben will. Er macht damit das Interesse des Gläubigers zu seinem eigenen.

b. Wenn er die eingetretene oder sicher eintretende objektive oder subjektive Unmöglichkeit vorzeitig kundgibt, tut er das, um die ihn bei Misslingen seines Exkulpationsbeweises treffende Pflicht zur Tragung des durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens zu reduzieren. Die endliche Erreichung des Vertragszwecks durch den Gläubiger in Fällen möglicher fungibeler Leistungen interessiert ihn nur mittelbar, nämlich nur als Grund der Schadensverhütung auf Seiten des Gläubigers.

3) Ein Interesse an der Nachlieferungsmöglichkeit im Rechtssinne hat der Schuldner nicht. Dies wird erst lebendig, wenn ihm Gründe bekannt werden, die die Richtigkeit derjenigen Voraussetzungen erschüttern, welche zur Weigerung geführt hatten. Ebenso entsteht es beim Gläubiger erst dann, wenn seine Bemühungen um anderweite Erfüllung oder um Schadensminderung erfolglos waren. Fraglich ist indessen, ob diese Interessen des Schutzes bedürftig sind.

Aus dieser knappen Übersicht ergibt sich, daß weder das Interesse des Gläubigers noch das des Schuldners von der Zweiheit der Weigerungsinhalte wesentlich getroffen wird. Damit rechtfertigt sich deren Auflösung in die Einheit des Oberbegriffes Erfüllungsweigerung, damit rechtfertigt sich auch die Gleichheit ihrer Rechtsfolgen.

II. In dem Abschnitt, der über Zweck und Sinn der Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit handelt (§ 3), haben wir

zwei Seiten der Weigerung unterschieden: die positive und die negative.

Da die negative Seite zeitlich ihre Wirksamkeit eher entfaltet als die positive, nehmen wir ihre Betrachtung vorauf. Sie bedeutet: der Gläubiger hat, solange die widerrufliche Weigerung nicht widerrufen ist, dem trotz Weigerung erfolgten realen Erfüllungsangebot gegenüber den Einwand, daß er nicht erfüllungsbereit zu sein brauche und daher ohne vorauf-gegangenen Widerruf nicht in Annahmeverzug kommen könne. Dieser Einwand stützt sich auf den Grundsatz, daß der die Erfüllung Weigernde die Mithilfe des Gläubigers zur Erfüllung nicht fordern kann.

Die Rechtsprechung erkennt diesen Satz unumwunden an[1]), und auch im Gesetze selbst scheint er zum Ausdruck zu kommen. Wenn nämlich BGB. § 295 den Schuldner vom tatsächlichen Angebot befreit für den Fall der vorher erklärten Annahmeweigerung des Gläubigers, so entbindet es ihn damit dilatorisch von jeder auf die Uebertragung des Rechtserfolges in das Gläubigervermögen gerichteten Handlung des Schuldners. Denn die Ersetzung des tatsächlichen durch das wörtliche Angebot ist nicht bloß eine Abschwächung der vom Schuldner erforderten Tätigkeit, sondern deren Negation. Das wörtliche Angebot verfolgt nämlich, wie wir bereits gezeigt haben, andere als Erfüllungszwecke. Es verfolgt bloß den Zweck, die Zeit zu fixieren, von der ab die ungünstigere Position des Gläubigers ihren Anfang nehmen soll. Das wörtliche Angebot ist demnach genau genommen nicht ein *Ersatz* des tatsächlichen Angebotes, sondern ist von ihm derjenige Teil, der nach Abzug der in ihm auf Erfüllung zielenden Tätigkeit übrig bleibt: die Anzeige.

Weil aber in dem realen Angebote zugleich die Rücknahme der Weigerung liegt, ist der Einwand der Freiheit von jeglicher Erfüllungsmithilfe ein bloß dilatorischer. Er ist nur solange begründet, als der Gläubiger Grund hat, infolge der Weigerung zur An- resp. Abnahme ungerüstet zu sein. Treu und Glauben müssen hier den Beginn der wieder wachgerufenen Annahmepflichtausübung bestimmen. Die Wirkung des Einwandes geht demnach nicht dahin, die Annahmepflicht zum Erlöschen zu bringen, sondern nur dahin, die Berufung auf

[1]) RG. Bd. 53 S. 13, Bd. 67 S. 317.

diese Pflicht für den Schuldner zeitweilig auszuschließen. Der Einwand hemmt dann die Wirksamkeit des der Annahmepflicht entsprehenden Rechtes auf Annahme, — selbstverständlich nur soweit ein solches Recht besteht, d. h. nur da, wo die Annahme sich zur Abnahme verdichtet und damit zur Leistung wird. In diesen Fällen ist der Einwand Einrede im materiellrechtlichen, in den übrigen Fällen in bloß prozessualem Sinne.

III. Die positive Seite der Erfüllungsweigerung geht über die dilatorische Wirkung hinaus. Sie ist zwar nicht an und für sich peremtorischer Natur, denn sie unterliegt einem zeitlichen Widerruf, aber sie trägt die Möglichkeit in sich, Dauerwirkungen hervorzurufen. Nicht in der Art einer Dauer*einrede*, sondern als Ein*wendung* einer rechtsvernichtenden, aber zugleich unter Umständen wieder rechtsbegründenden Tatsache.

A. 1. Diese Natur der Erfüllungsweigerung beruht darin, daß sie als eine auf Verschulden gegründete bei unbedingten Verpflichtungen imstande ist, mit dem Augenblicke des *Eintrittes* ihrer *Unwiderruflichkeit* den *Anspruch auf Erfüllung zu vernichten* und *an dessen Stelle* das *Wahlrecht* zu setzen, das BGB. *§ 325* für den Fall der nachträglichen, verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung gewährt.

2. Dies als These voraufgenommen.

Ihre Begründung liegt in einer Analogie, also in einer Gleichheit des Grundes mit dem Falle des § 325 BGB.

Am Schlusse unserer Ausführungen zur Theorie von der Erfüllungsweigerung als Vertragsverletzung (S. 58 § 6) haben wir ausgeführt, daß die Erkenntnis, ob die Erfüllung durch Verletzung der Sorgfaltspflicht oder ohne Verschulden der zur Sorgfalt verpflichteten Partei vereitelt worden ist, unter einer einzigen Voraussetzung schon *vor* dem Zeitpunkte, der für die Erfüllung vereinbart war, gewonnen werden kann, nämlich dann, wenn schon vorher die *Sicherheit* besteht, daß nicht erfüllt werde.

Diesen Fall, nicht als allgemein geltendes Prinzip, wohl aber als dessen gangbarsten Typus enthält BGB. § 325.[1]) Hier wird nicht davon gesprochen, daß das Wahlrecht notwendig erst mit Fälligkeit des Erfüllungsanspruches entstehen muß, daß es also unter Umständen nicht auch schon vor der Fälligkeit

[1]) Vgl. Kipp, D. J. Z. 1903 S. 253; Oertmann zu § 325 Note 6 c Abs. 2 S. 168.

entstanden sein kann. Aus dem Wortlaut und Sinn des Paragraphen ist vielmehr zu entnehmen, daß der Erfüllungsanspruch schon dann durch das Wahlrecht abgelöst [1]) wird, wenn die Voraussetzung desselben, die verschuldete Unmöglichkeit „eintritt“.[2]) Das bedeutet eine Anwendung des oben genannten Prinzipes: Die Sicherheit der schuldhaften Nichterfüllung schließt den Erfüllungsanspruch aus.

Dies Prinzip ist übrigens für den Fall der unverschuldeten Unmöglichkeit im Gesetze selbst zum Ausdrucke gelangt. § 275 BGB. lautet: Der Schuldner wird von der *Verpflichtung* zur Leistung *frei,* soweit die Leistung . . . . . unmöglich *wird.*

Die konsequente Durchführung dieses Prinzips führt allerdings über die wörtliche Auslegung des § 325 hinaus und zu dem Satze: Der Gläubiger kann das Wahlrecht schon dann geltend machen, wenn der Eintritt der Unmöglichkeit nach dem für Menschen übersehbaren Kausalzusammenhange als sicher feststeht [3]) [4]).

3) Bei gegenseitigen Verträgen mit unbedingten Ansprüchen folgt aus dem gefundenen Prinzipe für die unwiderrufliche Erfüllungsweigerung vor Fälligkeit, als einem Falle, bei dem es unbehebbar feststeht, daß nicht erfüllt wird:

a. Der Anspruch auf Erfüllung ist mit dem Eintritt der Sicherheit, daß nicht erfüllt wird, also mit dem Eintritt der Unwiderruflichkeit der Weigerung, ausgeschlossen.

---

[1]) Dafür, daß es sich hier um eine Ablösung handelt, also um den Ausschluß des Anspruchs auf Erfüllung, vergleiche statt Aller: Ortmann zu § 275 Nr. 4 sub.

[2]) Man beachte das Präsenz: *Wird* die Leistung . . . . unmöglich.

[3]) Beispiel: Am 1. Juli ist ein Gefäß mit verfliegbarer Flüssigkeit, lieferbar zum 1. August, verkauft. Am 2. Juli ist das Gefäß undicht geworden und irreparabel. Der Schuldner berechnet sich richtigerweise, daß am 27. Juli der Inhalt des Gefäßes vollständig verflogen sein muß. Der Gläubiger erfährt davon am 4. Juli. Soll er nicht bereits an diesem Tage zurücktreten können?

[4]) Latent liegt übrigens auch der von Dernburg § 61 II geäußerten Ansicht, daß bei anfänglichem Unvermögen der Vertrag bloß einen Anspruch auf das Erfüllungs*interesse* erzeuge, also von vornherein auf Schadenersatz gehe, das obige Prinzip zu Grunde, soweit man mit Oertmann, zu § 306 Note b, S. 129 Abs. 4, den Dernburgschen Satz nur gelten läßt für den Fall endgültigen, d. h. „nach dem regelmäßig vorgestellten Verlauf der Dinge nicht zu hebenden“ Unvermögens.

b. An seine Stelle tritt bei schuldhafter Verletzung der Sorgfaltspflicht das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrage zu wählen.

Der unter a. aufgeführte Grundsatz erleidet nur dann eine Modifikation, wenn die Weigerung

aa. in der Anzeige von der bereits eingetretenen objektiven Unmöglichkeit resp. dem bereits eingetretenen unbehebbaren Unvermögen, oder

bb. in der Anzeige von deren sicherem Eintritt vor Fälligkeit besteht. In diesen Fällen tritt gemäß § 325 BGB. nicht erst mit der Unwiderruflichkeit der Weigerung, sondern bereits mit dem Eintritte der Sicherheit der Unmöglichkeit das Wahlrecht an die Stelle der Erfüllungspflicht. Diese Besonderheit gegenüber der allgemeinen Wirkung der Erfüllungsweigerung ist aber nur die notwendige Konsequenz des aus § 325 gewonnenen Prinzips und insofern nicht eine Besonderheit, sondern eine Selbstverständlichkeit.

4) Wenn nun auch, wie wir gesehen haben, der Ersatz des Erfüllungsanspruchs durch „die Konkurrenz zwischen Anspruch und Befugnis“ [1]) vor Eintritt der im Vertrage bestimmten Fälligkeit herbeigeführt werden kann, so berührt das doch die Bestimmung über die Fälligkeit nicht. Da der Ersatzanspruch aus dem Vertrage folgt und der Vertrag darüber entscheidet, wann der Gläubiger etwas als gegenwärtige Leistung vom Schuldner fordern darf, die Forderung des Schadensersatzes aber das Fordern einer Leistung bedeutet, so müssen die für den Erfüllungsanspruch geltenden Fälligkeitsbestimmungen auch für den seinen Platz occupierenden Ersatzanspruch gelten.[2]) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung *entsteht* also zwar mit dem Augenblicke, mit dem die Ausübung der Wahl möglich geworden ist. Er entsteht aber nicht als ein bloß verhaltener, sodaß er mit Ausübung der Wahl fällig wird, sondern als ein betagter, dessen Fälligkeitstermin mit dem für die Erfüllungspflicht vertraglich bestimmten Fälligkeitszeitpunkte zusammenfällt.

B. 1. Abweichend hiervon haben wir uns die rechtliche Lage vorzustellen, wenn nicht der Erfüllungs*anspruch vor* seiner

[1]) Langheinecken a. a. O. S. 214.
[2]) vgl. Oertmann zu § 320 Note 4 Abs. 2.

Fälligkeit, sondern im Falle des § 160 *Abs. 1* BGB. die Erfüllungs*anwartschaft vor* ihrer Verdichtung zu dem mit Eintritt der Bedingung entstandenen Erfüllungsanspruch in einen *Anspruch* auf Schadensersatz umgewandelt wird.[1]) Freilich wird bestritten, daß bereits mit der Vereitelung des von der Bedingung abhängigen Rechts der Anspruch auf Schadensersatz entstanden ist; es wird dann dessen Entstehung auf den Eintritt der Bedingung verlegt.[2]) Doch kann dem nicht beigestimmt werden. Mit dem Abschlusse des bedingten Rechtsgeschäfts ist eine selbständige Unterlassungspflicht entstanden. Um deren Verletzung handelt es sich, wenn das abhängige Recht verletzt ist. Mit der Verletzung muß auch der Regel gemäß der Anspruch auf den Ersatz des durch die Pflichtverletzung herbeigeführten Schadens entstehen (BGB. § 198 Satz 2). Der Eintritt der Bedingung, der den Erfüllungsanspruch zum Leben bringen würde, bringt hier also nicht auch den Schadensersatzanspruch hervor. Sie macht ihn vielmehr nur aus einem bedingt wirksamen zu einem fälligen, und zwar *ohne Rücksicht darauf, ob der Erfüllungsanspruch* bereits mit dem Eintritte der Bedingung *fällig gewesen wäre.* Der Schadensersatzanspruch tritt ja nicht an die Stelle des Erfüllungs*anspruches*, sondern an die Stelle der Erfüllungs*anwartschaft.* Der Erfüllungs*anspruch* kommt überhaupt nicht zur Welt, weil er nur aus der Anwartschaft entstehen kann, diese aber bereits in einen Schadensersatzanspruch übergegangen ist.

Auf diese Weise ist der „werdende" Gläubiger für den Fall der Erfüllungsweigerung vor Entstehung des Anspruches schon mit dem Augenblicke der Unwiderruflichkeit der Weigerung aus einem werdenden zu einem gegenwärtigen Gläubiger geworden. Sein Anspruch geht aber nicht auf Erfüllung, sondern auf Schadensersatz wegen Vereitelung der Anwartschaft und des aus ihr erhofften Erfüllungsanspruchs.

2. Wie aber ist in diesen Fällen bei gegenseitigen Verträgen das Schicksal des Gegenanspruchs bestimmt? Muß der Gläubiger vom Vertrage zurücktreten können, um sich seiner zu entledigen?

---

[1]) Das ist nur bei Vereitelung der Fall, nicht auch bei Beeinträchtigung im Sinne § 160 BGB.

[2]) Langheinecken a. a. O. S. 83, 84. Richtig dagegen, wie es scheint, Leonhard, Allgem. Teil, S. 404.

Darauf ist zu antworten: Es muß unterschieden werden

a. der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene gegenseitige Vertrag.[1]) Bei diesem ist sowohl die Verpflichtung wie die Gegenverpflichtung bedingt; es ist also die Wirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts hinausgeschoben. Die Parteien sind zwar gebunden, sie sind auch verpflichtet, nämlich verpflichtet, das abhängige Recht nicht zu beeinträchtigen oder zu vereiteln, aber sie sind noch nicht zur Erfüllung verpflichtet. Zwischen den entstandenen Unterlassungspflichten besteht aber eine Gegenseitigkeitsbeziehung nicht. Zwischen den Erfüllungsverpflichtungen kann sie nicht bestehen, weil diese als bloß bedingte noch garnicht existent geworden sind. So muß denn die Gegenseitigkeit des Vertrages in der Schwebe sein, bis die Verpflichtungen entstanden sind, die den Gegenstand der synallagmatischen Beziehung bilden sollen. Sind diese aber entstanden, weil die Bedingung eingetreten ist, so sind sie von nun ab gegenseitig verbunden. Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise für das Recht des BGB. ergibt sich daraus, daß nach dem BGB. das Synallagma eine genetische Seite hat[2]): Die *Entstehung* der einen Verpflichtung ist von dem Entstehen der andern abhängig. Darum ist die Genesis der Verpflichtungen zugleich die Genesis von deren Gegenseitigkeit. *Vorher* besteht eine solche *nicht*.

Ist nun die Bedingung eingetreten, aber während deren Schwebe die Anwartschaft des Gläubigers durch eine unwiderruflich gewordene Erfüllungsweigerung vernichtet und damit die Entstehung des Erfüllungsanspruchs gänzlich unterbunden worden, so kann eben wegen des genetischen Synallagmas *auch der Gegenanspruch nicht* zur *Entstehung* gelangen. Ohne den aus der schuldhaften Uebertretung der mit Vertragsschluß entstandenen Unterlassungspflicht folgenden Anspruch auf Schadensersatz zu berühren, löst sich in diesem Falle der Vertrag auf, ohne daß es eines Rücktritts bedürfte.[3])

b. Nicht der *Vertrag*, sondern bloß die Verpflichtung ist bedingt, die Gegenverpflichtung dagegen unbedingt. Ein solcher Vertrag kann von seinem Abschlusse an ein gegenseitiger nicht sein. Denn bis zum Eintritte der Bedingung ist nur eine

[1]) Vgl. z. B. BGB. § 495.
[2]) Vgl. Endemann I § 125 S. 700 Anm. 8.
[3]) Vgl. § 323 BGB. und Oertmann daselbst Note 5.

einzige Verpflichtung existent. Es fehlt an der Gegenverpflichtung. In der sofort entstandenen Unterlassungspflicht des Schuldners kann eine solche Gegenverpflichtung nicht gefunden werden. Diese geht eine synallagmatische Verbindung mit der sofort entstandenen Gläubigerverpflichtung nicht ein, weil es nicht im Zwecke des Vertrages liegt, einen Austausch der aus diesen Verpflichtungen entspringenden Vermögensverschiebungen herbeizuführen.

Ist nun die Bedingung eingetreten und damit auch die Erfüllungspflicht des Schuldners entstanden, so kann von dem Moment der Entstehung die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen anheben. Es kann sogar eine Erfüllung Zug um Zug eintreten, wenn nämlich der Gegenanspruch des Schuldners ein bedingt wirksamer war und mit dem Eintritte der Bedingung fällig geworden ist. Hat aber der Schuldner zu einer Zeit, als die Bedingung noch nicht eingetreten war, die Gläubigeranwartschaft durch eine unwiderruflich gewordene Erfüllungsweigerung vereitelt, und kann deshalb der Gläubiger*anspruch* nicht entstehen, so bleibt zwar der Gegenanspruch existent, aber ihm fehlt das synallagmatisch ihm verbundene Gegenstück. Ihm ist die Eigenschaft eines Gegenanspruchs verloren, er wird zu einem definitiv einseitigen Anspruch aus einseitigem Vertrage.[1]) Ein Bedürfnis, vom Vertrage zurückzutreten, besteht für den Gläubiger nicht, seine Verpflichtung war ja nicht als von der Existenz der Gegenpflicht abhängig gedacht.

C. Es bleibt uns nunmehr übrig, auf folgende drei Fragen zu antworten:

1. Welche Tätigkeit des Gläubigers vermag die Erfüllungsweigerung unwiderruflich zu machen?

2 Verursacht der Schuldner die Unwiderruflichkeit und damit den Ausschluß der Erfüllungspflicht?

3. Worin liegt sein Verschulden?

Zu 1. Auf S. 32 haben wir die Weigerung definiert, als eine Ermächtigung des Gläubigers, die Konsequenzen aus der Stellungnahme des Schuldners zu seiner Leistungspflicht im eigenen Interesse des Gläubigers zu ziehen. Auf S. 29 f. haben wir nachzuweisen versucht, daß dieses Interesse sich teilt, je nachdem, ob die Vertragspflicht

[1]) vgl. § 324 BGB. und Oertmann daselbst Note 2a.

a. fungibel und möglich geblieben, oder

b. infungibel oder unmöglich geworden ist.

Darnach wird auch die Tätigkeit des Gläubigers, im Sinne des § 254 Abs. 2 BGB. den Schaden abzuwenden oder zu mindern, eine verschiedene sein.

Zu a. Der Gläubiger wird sich eindecken. Es ist das ein Gebot seines eigenen Interesses, ein Gebot, das vom Gesetz dadurch berücksichtigt ist, daß dessen Nichtbeachtung als ein Verschulden des Beschädigten gewertet wird, welches den Umfang des vom Schuldner zu leistenden Ersatzes beeinträchtigt (BGB. § 254 Abs. 1). Ein solches Verschulden kann nicht nur dann begründet sein, wenn der Gläubiger in schikanöser Weise auf seinem Rechte, gerade vom Schuldner Leistung zu erlangen, besteht oder seine Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt. Denn die Fortdauer des objektiven Interesses muß normalerweise dem Gläubiger zum Tätigwerden in der Richtung auf die Befriedigung dieses Interesses treiben. Der Verkehr stellt dies berechtigte Verlangen. Dem Schuldner steht deshalb ein Einwand aus BGB. § 254 schon dann zur Verfügung, wenn ein Verharren in passivem Abwarten des Fälligkeitstermines den Anforderungen von Treu und Glauben widerspricht.[1])

Dagegen ist es nicht angängig, eine strikte und ausnahmslose Pflicht des Gläubigers anzunehmen mit dem Inhalte, daß er sich um die Zweckerfüllung seinerseits zu bemühen habe, wenn der Schuldner nicht soweit gediehen und davon Anzeige macht. Denn der Gläubiger überträgt ja mit dem Vertrage dem Schuldner die Fürsorge dafür, daß er sich im allgemeinen um nichts mehr zu kümmern brauche und mit dem verabredeten Tage vor dem fertigen Erfolge stehe. Um diese Sorge los zu sein, gibt er das Entgelt, und es wäre unbillig, ihm dies aus der Tasche zu locken und ihm zugleich unter allen Umständen die bezahlte Sorge wieder aufzubürden.

Hat nun der Gläubiger von der Befugnis, sich einzudecken, Gebrauch gemacht, so ist damit die Weigerung unwiderruflich geworden und die Nachlieferung ausgeschlossen, nicht bloß weil eine solche gleichbedeutend mit dem Widerrufe sein würde,

[1]) Das Unterlassen einer Eindeckung kann natürlich, wie aus der Heranziehung des § 254 BGB. erhellt, niemals den *Erfüllungs*anspruch tangieren, sondern nur den *Ersatz*anspruch beeinflussen.

der nunmehr ausgeschlossen ist, sondern weil die Erfüllungs*pflicht* erloschen ist. Die *Vornahme* des Deckungsgeschäftes selbst wirkt so, nicht erst die *Anzeige* von der geschehenen Deckung. Wird diese unterlassen, so kann der Gläubiger nicht einmal zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet sein, der dem Schuldner dadurch entsteht, daß er im Vertrauen auf die fortbestehende Widerruflichkeit in der Vorbereitung zur Erfüllungshandlung fortgefahren ist. Denn beim Schuldner hätte es gelegen, die bloße Widerruflichkeit zur „Widerrufenheit" zu machen. Erst wenn der Gläubiger auf den Widerruf hin nicht anzeigt, daß ein solcher nicht mehr statthaft ist, kann er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich gemacht werden.

Die Anzeige von der geschehenen Deckung kann zugleich Ausübung des Wahlrechts sein, und ist es im Handelsverkehr regelmäßig. „Ich habe mich gedeckt, heißt: Ich werde Erfüllung nicht mehr annehmen und beanspruche Ersatz des mir durch Säumnis entstandenen Schadens," führt das Reichsoberhandelsgericht [1]) aus.

Es braucht aber nicht unter allen Umständen in der Anzeige die Ausübung des Wahlrechts zu liegen; vielmehr folgt diese den allgemeinen Regeln.[2])

Zu b. Der Gläubiger wird andere Handlungen vornehmen. Er wird die Vorbereitungen zur An- oder Abnahme einstellen und was dazu bereits geschehen war, rückgängig machen. Er wird über die Gegenleistung anderweit verfügen oder deren Herstellung verhindern. Er wird Verbindlichkeiten zu Weiterveräußerungen soweit möglich annullieren oder seinerseits vorzeitig die Nichterfüllung anzeigen, auf die Schuldnerleistung bezügliche Gewinnchancen zurückweisen, um sie nicht in Schadenschancen zu wandeln, — es läßt sich nicht alles aufzählen, was der Gläubiger zur Wahrung seines Interesses tun kann. Jede dieser Handlungen bewirkt als solche die Unwiderruflichkeit der Weigerung. Auch hier ist die Anzeige dieser Handlung zur Herbeiführung der Unwiderruflichkeit nicht erforderlich.

c. Nicht jedoch bringt die *Ausübung* des Wahlrechtes selbst die Unwiderruflichkeit hervor. Das Wahlrecht entsteht ja erst dadurch, daß die Weigerung unwiderruflich geworden ist.[3]

---

[1]) ROHG. Bd. 3, S. 320.

[2]) Vgl. Oertmann zu § 325 Note 2 c Abs. 2 gegen Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung (1900).

[3]) Vgl. dagegen RG. Bd. 57 S. 106 ff.

Zu 2. Wenn die Unwiderruflichkeit nicht schon mit dem Zugehen der Weigerungserklärung eintritt, sondern erst durch eine Handlung des Gläubigers, so könnte geltend gemacht werden, daß nach den allgemeinen Regeln des geltenden Rechts der Schuldner nicht als derjenige angesehen werden kann, der die Unwiderruflichkeit verursacht hat, daß er also auch nicht den Ausschluß der Erfüllungspflicht herbeigeführt haben kann. Man würde sich damit darauf berufen, daß der Kausalzusammenhang zwischen der Weigerungserklärung des Schuldners und deren Wirkung auf die Erfüllungspflicht, wie man zu sagen pflegt, durch eine eigene freie Handlung des Gläubigers unterbrochen worden ist.

Von diesem Grundsatz hat Brecht[1]) eine Ausnahme gemacht für den Fall, daß der Gläubiger zu seinem Eingreifen in Wahrung berechtigter Interessen gezwungen war. Brecht drückt das auch so aus: In diesem Falle bekommt die Kette der Wirkungen durch die Handlung des Geschädigten keinen neuen selbständigen Ausgangspunkt.

Es mag dahingestellt bleiben, ob Brecht hier mit Recht von einer „Ausnahme“ spricht. Für den Fall der Erfüllungsweigerung gilt jedenfalls, daß man sich zur kausalen Verbindung der Gläubigerhandlung mit der Schuldnererklärung auf eine solche Ausnahme von der gesetzlichen Kausalitätsanschauung nicht zu berufen braucht, weil die Weigerung eine Ermächtigung des Gläubigers zur Vornahme von Handlungen mit bestimmtem Zwecke enthält und das Gesetz in BGB. § 254 Abs. 2 die Benutzung dieser Ermächtigung zwar nicht direkt befiehlt, aber doch recht nahe legt. Aus diesem Grunde mag man den Schuldner als „intellektuellen Urheber“ der Gläubigerhandlung betrachten und daher den Kausalzusammenhang zwischen ihr und der Weigerungserklärung als vorhanden ansehen.

Will man das nicht, so wird man doch nie umhin können, unter „Hereinbeziehung des Verschuldensmomentes“[2]) den Erfolg der Gläubigerhandlung als „Verantwortlichkeitserfolg“, als „kulpakausale“ Folge[3]) dem Schuldner zuzurechnen, soweit die Veranlassung oder, wie Brecht einschränkend sagt, die

[1]) Jher. Jahrb. Bd. 53 S. 254.
[2]) Brecht, Jher. Jahrb. Bd. 54 S. 85 Anm. 1.
[3]) Brecht a. a. O.

Nötigung zu der Gläubigerhandlung auf einem Verschulden des Weigernden beruht.

Somit muß jedenfalls die mit der Unwiderruflichkeit eintretende Sicherheit der Nichterfüllung und der durch sie hervorgebrachte Ausschluß der Erfüllungspflicht dem Schuldner zugerechnet werden, wofern er die Weigerungserklärung verschuldet hat.

Zu 3. Worin dieses Verschulden besteht, ist unseres Wissens bisher einer Prüfung nicht unterzogen worden, obwohl doch, wer die Anwendbarkeit der Theorie von der positiven Vertragsverletzung auf unseren Fall vertritt, ein Verschulden des Verletzenden voraussetzen muß. So spricht das Reichsgericht[1]) zwar von der „zu vertretenden ernstlichen Weigerung." Nirgends aber findet sich eine Andeutung, wann bei ihr ein Verschulden zu suchen ist.

a. 1. Ist die Weigerung bloß die Anzeige von der bereits eingetretenen objektiven oder subjektiven unbehebbaren Unmöglichkeit, so ist in der Abgabe dieser Anzeige ein Verschulden nicht zu suchen. Sie gehört vielmehr zur Einhaltung der vertraglichen Sorgfaltspflicht, deren Nichterfüllung sogar die Haftung für denjenigen Schaden im Gefolge haben würde, der durch die Erfüllung dieser Pflicht vermieden worden wäre. In diesem Falle wird ja auch die Sicherheit der Nichterfüllung, wie erwähnt, nicht erst durch das Unwiderruflichwerden der Weigerung, sondern schon durch den Eintritt der Unmöglichkeit herbeigeführt. Ein Verschulden bei Erlöschen der Erfüllungspflicht kann daher nur gefunden werden in der Herbeiführung des Zustandes der Unmöglichkeit durch Nichtbeachtung der Sorgfaltspflicht in einer ihrer zwei Gestalten (vgl. S. 57 § 6 III a).

a. 2. Stellt sich aber nachträglich heraus, daß die Unmöglichkeit behebbar ist und war dies schon zurzeit der Weigerung mit der menschlichen Erkenntniskraft vorauszusehen, so tritt die Sicherheit der Nichterfüllung erst mit der Unwiderruflichkeit der Weigerung ein. Ein Verschulden kann dann nur in dem schuldhaften Nichterkennen der Behebbarkeit und damit in dem Mangel an der Sorgfalt erblickt werden, durch deren Anwendung die Anzeige unterblieben wäre. Die Frage lautet also: Konnte der Schuldner bei Anwendung der im

[1]) RG. Bd. 67 S. 317.

Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Behebbarkeit erkennen oder war diese Erkenntnis einem besonders dazu Befähigten vorbehalten? Verletzte der Schuldner seine Anzeigepflicht durch eine Anzeige, die *ihm* als falsch erkennbar sein mußte?

Wird diese letzte Frage bejaht, so wird damit die Schuld bejaht.

b. Ist die Weigerung eine Anzeige einer sicherlich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung, so wird durch diese Anzeige bereits die Sicherheit der Nichterfüllung begründet, wofern nur die Anzeige den Tatsachen entspricht. Für sie gilt das unter a. 1. Gesagte. Ist sie dagegen objektiv unrichtig, so muß das unter a. 2. ausgeführte gelten.

c. Sagt sich dagegen der Schuldner vom Vertrage los, unter Verneinung entweder jeden Vertrages oder bloß des vom Gläubiger behaupteten, so kann ein Verschulden nur in der Versäumung derjenigen Sorgfaltspflicht liegen, die der Verpflichtete anwenden muß, um sich über Art und Umfang seiner Verpflichtungen und seiner Rechte ganz klar zu werden. Eine Exkulpation wird in diesen Fällen wohl außerordentlich selten gelingen.

Damit haben wir den Versuch einer eigenen Konstruktion durchgeführt. Er muß für sich sprechen. Nur so beweist er, ob er hält, was er versprach.